المقدّمات الممهّدات

لبيان ما اقتضته رسوم المدوّنة من الأحكام الشرعيّات
والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات

تأليف

أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي
المتوفى عام ٥٢٠ هـ

الجزء الثاني

تحقيق

الأستاذ سعيد أحمد أعراب



الطبعة الأولى

١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م

دار الغرب الإسلامي

ص. ب: 5787 - 113

بيروت - لبنان

المقدّمات الممهّدات

الجزء الثاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصرف[1]

ما جاء في تحريم الربا في الصرف

الربا في الصرف وفي جميع البيوع وفيما تقرر في الذمة من الدين[2]، حرام محرم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة؛ فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ **وَأَحَلَّ الله البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا** ﴾[3]، وقوله[4] ﴿ **يا أَيُّها الذين آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً وَاتقُوا الله لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُون** ﴾[5]، لأن قوله «**واتقُوا الله**» وعيد، والنهي إذا قرن به الوعيد علم أن المراد به التحريم. وقوله تعالى: ﴿ **فَبِظُلْم مِنَ الذيْنَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِم طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيل الله كَثِيراً وَأَخْذِهُمْ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ** ﴾[6]، يريدُ[7] نَهْيَ تحريمٍ لأنه عطف على ما نص على تحريمه، إلا أن الاحتجاج بهذه الآية على تحريم الربا إنما يصح على مذهب مَنْ يرى أن ما أخبر الله تعالى به من شرائع مَنْ قبلنا مِن الأنبياء لازمٌ لنا، إلا أن يأتي في شرعنا ما ينسخه عنا، وإلى هذا ذهب مالك رحمه الله، لأنه قد احتج في

(١) كتاب الصرف ما جاء: ت ح ٢، كتاب الصرف باسم الله الرحمان الرحيم وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد ـ ما جاء: ح ١، والعبارة ممحوة في هـ.

(٢) الديون: ح ١ ح ٢، الدين: ت هـ.

(٣) الآية: ٢٧٥ ـ سورة البقرة.

(٤) وقوله تعالى: ت، وقوله أيضاً: ح ١.

(٥) الآية: ١٣٠ ـ سورة آل عمران.

(٦) الآية: ٦٠ ـ سورة النساء.

(٧) يريد: ت ح ٢، لا يريد ـ بزيادة (لا): ح ١ ـ وهو تحريف ظاهر.

موطئه[8] بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْس﴾[9]، يريد في التوراة وهو الصحيح، لقول النبي عليه السلام: «**إِذَا رَقَدَ أَحَدُكُمْ عَنِ الصَّلَاةِ أَوْ نَسِيَهَا ثُمَّ فَزِعَ إِلَيْهَا فَلْيُصَلِّهَا كَمَا كَانَ يُصَلِّيهَا فِي وَقْتِهَا فَإِنَّ الله تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾**[10]»، والخطاب بهذا إنما هو لموسى عليه الصلاة والسلام، وهذا بين وقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال، أحدها: أنها لازمة لنا جملة من غير تفصيل، بدليل قول الله عزّ وجلّ: ﴿**أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَاهُم اقْتَدِهْ**﴾[12]. (والثاني) أنها غيرُ لازمة لنا جملة[13] من غير تفصيل أيضاً، بدليل قول الله عزّ وجلّ: ﴿**لِكُلّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً ومِنْهَاجاً**﴾[14]. (والثالث) أنها غير لازمة لنا إلا شريعة إبراهيم ـ عليه السلام، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿**ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَن اتَّبِعْ مِلة إِبْرَاهِيم حَنِيفاً**﴾[15]، وقوله: ﴿**ملةَ أبيكُمُ إِبْرَاهيم**﴾[16]، أي الزموها (والرابع) أنها غير لازمة لنا إلا شريعة عيسى ـ عليه السلام، لأنها آخر الشرائع المتقدمة وكل شريعة ناسخة للتي قبلها وهذا القول أضعف الأقوال[17]، لأن شريعة عيسى إذا كانت ناسخة لما قبلها من الشرائع فشريعتنا ناسخة لشريعة عيسى وهذا بين ـ والله

(٨) انظر باب القصاص في القتل ص ٦٢٩ ـ حديث (١٥٨٧) ـ طبع دار النفائس. وارجع إلى شرح القبس للقاضي أبي بكر بن العربي، مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم (١٩١٦ ـ ك).

(٩) الآية: ٤٥ ـ سورة المائدة.

(١٠) رواه بهذا اللفظ ـ مع اختلاف يسير ـ مسلم في صحيحه، انظر شرح النووي ج ٣ ص ٣٨٢، ورواه مالك في الموطأ بلفظ: من نسي الصلاة فليصلها إذا ذكرها... الحديث.
انظر الموطأ ص ٢٠ حديث (٢٤).

(١١) الآية: ١٤ سورة طه.

(١٢) الآية: ٩٠ سورة الأنعام.

(١٣) جملة من غير تفصيل أيضاً: ح ١. جملة أيضاً من غير تفصيل: ت، وسقطت كلمة (أيضاً) في ح ٢.

(١٤) الآية: ٤٨ ـ سورة المائدة.

(١٥) الآية: ١٢٣ ـ سورة النحل.

(١٦) الآية: ٧٨ ـ سورة الحج.

(١٧) الأقوال: ت؛ الأقاويل: ح ١.

أعلم[١٨]، وقوله تعالى: ﴿ الذِيْنَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الذِي يَتخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمسِّ ﴾[١٩]، يقول الله عزَّ وجلَّ: الـذين يـربون في تجارتهم في الدنيا لا يقومون في الآخرة من قبورهم إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من الـمس، أي يصـرعه من الـجنون. ويروى: إن لِأَكَـلَةِ الرِّبَا عَلَماً يُعْرَفُونَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَنَّهُمْ أَكَلَةُ الرِّبَا يَأْخُذُهُمْ خَبلٌ يُشْبِهُ الْخَبَل الذِي يَأْخُذُهُمْ فِي الآخِرَة بِالجُنُونِ الذِي يَكُونُ فِي الدُّنْيَا، ويروى أن رسول الله ﷺ حدث عن ليلة الإسراء فكان في حديثه أَنَّهُ أَتَى عَلَى سَابِلَةِ[٢٠] فِرْعَوْنَ حَيْثُ يُنْطَلَقُ بِهِمْ إِلىٰ النَّارِ يُعْرَضُونَ عَلَيْهَا غُدُواً وَعَشِـيّاً، فَإِذَا رَأَوْهَا قَالُوا رَبَّنَا لَا تَقُومَنَّ السَّاعَة لِما يَرَوْنَ مِنْ عَذَابِ اللَّهِ قَالَ: وإِذَا أَنَا بِرجَالٍ بُطُونُهُمْ كَالْبُيُوتِ يَقُومُونَ فَيَقَعُون بِبطُونِهِمْ وَظُهُورِهِمْ فَيَأْتِي عَلَيْهِمْ آلُ فِرْعَوْنَ فَيَثْرُدُونَهُمْ ثَرْداً[٢١]، فَقُلْتُ مَنْ هَؤُلَاءِ يَا جِبْرِيلُ؟ فَقَالَ هَؤُلَاءِ أَكَلَةُ الرِّبَا ثُم تَلَا هَذِه الآيَة: ﴿ الذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيطَانُ مِنَ المسَ ﴾[٢٢]، وفي البخاري عن النبي ﷺ، أنه قَالَ رَأَيْتُ اللَّيْلَةَ رَجُلَيْن أَتَيَانِي فَأَخْرَجَانِي إِلى أَرْضٍ مُقَدَّسَةٍ فَانْطَلَقْنَا حَتَّى أَتَيْنَا عَلَى نَهْرٍ مِنْ دَمٍ فِيهِ رَجُلٌ قَائمٌ وَعَلى وَسَطِ النهْرِ رَجُلٌ بَيْنَ يَدَيْه حِجَارَةٌ فَأَقْبَلَ الرَّجُلُ الذِي فِي النَّهْرِ فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ، رَمَى الرَّجُلُ بِحَجَرٍ فِي فِيهِ فَرَدَّهُ حَيْثُ كَانَ فَجَعَلَ كُلَّمَا جَاءَ لِيَخْرُجَ رَمَى فِي فِيهِ بِحَجَرٍ فَيَرْجِعُ كَمَا كَان؛ فَقُلْتُ مَا هَذَا؟ فَقَالَ: الذِي رَأَيْت فِي النَّهْرِ آكِلُ الرِّبَا[٢٣].

وأما السنة فمنها ما رواه ابن مسعود أن رسول الله ﷺ «لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا وَمُوكِلَهُ

(١٨) انظر جمع الجوامع لابن السبكي ـ بشرح المحلي وحاشية البناني ج ٢ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣.
(١٩) الآية: ٢٧٥ ـ سورة البقرة.
(٢٠) السابلة: الطريق.
(٢١) ثرده ثرداً: فته من الثريد، وفي رواية: فيطئونهم مقبلين ومدبرين. انظر تفسير القرطبي ٣/٣٥٥.
(٢٢) انظر سيرة ابن هشام شرح السهيلي ٢/٦٠.
(٢٣) أخرجه في كتاب البيوع ج ٢ ص ٦.

وَشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ»[٢٤]، وَقَالَ هُمْ سَوَاءٌ، ومن ذلك تحريمه التفاضل بين الذهبين والورقين وأن لا يباع من ذلك شيء[٢٥] غائب بناجز، وما أشبه ذلك كثير. وأما الإجماع فمعلوم من دين الأمة ضرورة أن الربا محرم[٢٦] في الجملة وإن اختلفوا في تفصيل مسائله وتبيين أحكامه وتعيين شرائطه على ما يأتي في مواضعه[٢٧] إن شاء الله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي إلى أقوم طريق.

فصـــل

في معنى الربا، وأصل الربا الزيادة والإضافة، يقال ربا الشيء يربو إذا زاد وعظم، وأربى فلان على فلان إذا زاد عليه يربي إرباء، وكان ربا الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الدين، فإذا حل قال له أتقضي أم تربي؟ فإن[٢٨] قضاه أخذه، وإلا زاده في الحق وزاده في الأجل، فأنزل الله في ذلك ما أنزل، فقيل للمربي مرب للزيادة التي يستزيدها[٢٩] في دينه لتأخيره به إلى أجل.

فصـــل

فمن استحل الربا فهو كافر حلال الدم يستتاب، فإن تاب وإلا قتل؛ قال الله عزّ وجلّ: ﴿ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُوْنَ ﴾[٣٠]، يريد: عاد إلى الربا باستحلاله، لأن الخلود في النار من صفات الكافرين. وقال عزّ وجلّ: ﴿ يَا أَيُّها الذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا الله وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِين فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللهِ وَرَسُولِهِ ﴾[٣١]، أي إن لَمْ تَفْعَلُوا وتقبلوا ذَلِكَ وَتُقِرُّوا بِهِ، فَأْذَنُوا بحرب أي فاعلموا أنكم محاربون[٣٢] من الله ورسوله لأنكم مشركون.

---

(٢٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث أبي صالح، انظر ج ٥ ص ٢٧٥.
(٢٥) من ذلك شيء: ح ٢ هـ، شيء من ذلك: ت ح ١.
(٢٦) محرم: ح ١ ح ٢ هـ، حرام: ت.
(٢٧) مواضعه: ح ٢ هـ، موضعه: ت ح ١.
(٢٨) فإن: ح ١ ح ٢ هـ، فإذا: ت.
(٢٩) يستزيدها: ت ح ٢ هـ، زادها: ح ١.
(٣٠) الآية: ٢٧٥ ـ سورة البقرة.
(٣١) الآية: ٢٧٩ ـ نفس السورة.
(٣٢) محاربون: ت ح ٢ هـ، تحاربون: ح ١.

فصـل

وأما من باع بيعاً أربى فيه غير مستحل للربا فعليه العقوبة الموجعة إن لم يعذر بجهل ويفسخ البيع ما كان قائماً في قول مالك وجميع أصحابه والحجة في ذلك أن رسول الله ﷺ **أمَرَ السَّعْدَيْن أَنْ يَبِيعَا آنيةً مِنَ الْمَغَانِمِ مِنْ ذَهَب أَوْ فِضَةٍ فَبَاعَا كُلَّ ثَلاثَةٍ بِأَرْبَعَةٍ عَيْناً أَوْ كُلَّ أَرْبَعَةٍ بِثَلاثَةٍ عَيْناً فقَالَ لَهُما رَسُول الله ﷺ أَرْبَيْتُمَا فَرُدا**[٣٣].

فصـل

فإن فات البيع فليس له إلا رأس ماله قبض الربا أو لم يقبضه، فإن كان قبضه رده إلى صاحبه، وكذلك من أربى ثم تاب فليس له إلا رأس ماله، وما قبض من الربا وجب عليه أن يرده إلى من قبضه منه، فإن لم يعلمه تصدق به عليه[٣٤] لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **فَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ** ﴾[٣٥] الآية. وأما من أسلم وله ربا فإن كان قبضه فهو له، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ** ﴾[٣٦]، ولقول رسول الله ﷺ: «**مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ**»[٣٧]، وأما إن كان الربا لم يقبضه فلا يحل له أن يأخذه وهو موضوع عن الذي هو عليه، ولا خلاف في هذا أعلمه لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا الله وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينْ** ﴾[٣٨]، نزلت هذه الآية في قوم أسلموا ولهم على قوم أموال من ربا كانوا أربوه عليهم، وكانوا قد اقتضوا[٣٩] بعضه منهم وبقي بعض

---

(٣٣) فردا: ت ح ٢، فردوا: ح ١ ـ ولم أقف على من أخرج الحديث.

(٣٤) كلمة (عليه) ساقطة في ت هـ.

(٣٥) الآية: ٢٧٩ سورة البقرة.

(٣٦) الآية: ٢٧٥ من نفس السورة.

(٣٧) أخرجه ابن عدي والبيهقي من حديث أبي هريرة ـ والحديث ضعيف.
انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦٢/٦.

(٣٨) نزلت: ح ١، ح ٢، فنزلت: ت.

(٣٩) اقتضوا: ت ح ٢ هـ، قبضوا: ح ١.

فعفا الله لهم عما كانوا اقتضوه، وحرم عليهم اقتضاء ما بقي منه، وقيل نزلت في العباس بن عبد المطلب ورجل من بني المغيرة كانا يسلفان في الربا فجاء الإسلام ولهما أموال عظيمة في الربا، فأنزل الله الآية بتحريم اقتضاء ما كان بقي لهما من الرِّبا لم يقتضياه[٤٠]. وقال رسول الله ﷺ في خطبته يوم عرفة في حجة الوداع: «**أَلَا إِنَّ كُلَّ رِباً كان[٤١] في الْجَاهِلِيَةِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ وَأَوَّلُ رِباً يُوضَعُ رِبا الْعَبَاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِب**[٤٢]».

فصــل

وفي هذا ما يدل على إجازة الربا مع أهل الحرب في دار الحرب على ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف، لأن مكة كانت دار حرب وكان بها العباس بن عبد المطلب مسلماً إما من قبل بدر ـ على ما ذكره ابن إسحاق من أنه اعتذر إلى النبي ﷺ لما أسر يوم بدر وأمره أن يفتدى، فقال له إني كنت مسلماً ولم أخرج لقتالك إلا كرهاً، فقال له النبي ﷺ: «**أَمَّا ظَاهِرُ أَمْرِكَ فَقَدْ كَانَ عَلَيْنَا فَافْدِ نَفْسَكَ**»[٤٣]. أو من قبل فتح خيبر ـ إن لم يصح ما ذكره ابن إسحاق على ما دل عليه حديث الحجاج بن علاط من إقراره للنبي ﷺ بالرسالة وتصديقه ما وعده الله به، وقد كان الربا يوم فتح خيبر محرماً على ما روي أن رسول الله ﷺ أتي **بِقِلَادَةٍ وَهُوَ بِخَيْبَر مِنْ غَنَائِمِهَا فِيهَا ذَهَبٌ وَخَرْزٌ فَأَمَرَ بِالذَّهَب الذي فِي الْقِلَادَةِ فَنُزِعَ، وَبِيعَ وَحْدَه وَقَالَ الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْناً بِوَزْن**»[٤٤]. فلما لم يرد رسول الله ﷺ ما كان من رباه بعد إسلامه: إما من قبل بدر، وإما من قبل فتح خيبر، إلى أن ذهبت الجاهلية بفتح مكة، وإنما وضع منه ما كان قائماً لم يقبض، دل ذلك على إجازته، إذ حكم له بحكم ما كان من الربا قبل تحريمه، وبحكم الربا بين أهل الذمة والحربيين إذا

---

(٤٠) يقتضياه: ت هـ، يقبضاه: ح ١، يقتضوه: ح ٢.

(٤١) كلمة (كان) ساقطة في ت ح ١، ثابتة في ح ٢ هـ.

(٤٢) رواه أبو داود في المناسك، انظر كتابه «السنن» ٤٤٢/١.

(٤٣) أورد خبر ابن إسحاق هذا ـ صاحب كتاب المواهب اللدنية، انظر شرح الزرقاني عليها ٤٤٢/١.

(٤٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٢/٥.

أسلموا. وحديث الحجاج بن علاط الذي دل على أن العباس كان مسلماً حين فتح خيبر، وما روى أنس بن مالك عنه أنه قال للنبي ﷺ حين فتح خيبر: إن لي بمكة أهلاً ومالاً، وقد أردت أن آتيهم، فإن أذنت لي أن أقول فعلت، فأذن له رسول الله ﷺ في ذلك فأتى مكة وأشاع بها أن أصحاب محمد قد استبيحوا، وأني جئت لآخذ مالي فأبتاع من غنائمهم، ففرح بذلك المشركون واختفى من كان بها من المسلمين، فأرسل العباس بن عبد المطلب غلامه إلى الحجاج يقول له ويحك ما جئت به؟ فما وعد الله به[٤٥] ورسوله خير مما جئت به فقال له[٤٦] اقرأ على أبي الفضل السلام وقل له ليخل لي معه بيتاً، فإن الخبر على ما يسره، فلما أتاه الغلام بذلك، قام إليه فقبل ما بين عينيه! ثم أتاه الحجاج بن علاط فخلا به في بعض بيوته وأخبره أن رسول الله ﷺ قد[٤٧] فتحت عليه خيبر وجرت[٤٨] فيها سهام المسلمين واصطفى رسول الله ﷺ منها صفية لنفسه، وأن رسول الله ﷺ أباح له أن يقول ما شاء ليستخرج ماله وسأله أن يكتم ذلك عليه ثلاثاً حتى يخرج ففعل، فلما أخبر بذلك بعد خروجه، فرح المسلمون ورجع ما كان بهم من كآبة على المشركين، والحمد لله رب العالمين. نقلت الحديث على المعنى واختصرت منه كثيراً. لطوله وبالله التوفيق.

واحتج الطحاوي لإجازة الربا مع أهل الحرب في دار الحرب بحديث النبي ﷺ: «**أَيُّمَا دَارٍ قُسِمَتْ فِي الجَاهِلِيّةِ فَهِي عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيةِ** الحديث»[٤٩]، وإنما اختلف أهل العلم فيمن أسلم وله ثمن خمر أو خنزير لم يقبضه: فقال أشهب والمخزومي هو له حلال سائغ بمنزلة ما لو كان قبضه وقال ابن دينار وابن أبي حازم يسقط الثمن عن الذي هو عليه كالربا، وأكثر مذاهب أصحابنا على قول أشهب والمخزومي.

---

(٤٥) كلمة (به) ساقطة في ت.

(٤٦) كلمة (له) ساقطة في ح ١.

(٤٧) كلمة (قد) ساقطة في ت.

(٤٨) وجرت: ح ١ ح ٢، وخرجت: ت.

(٤٩) أخرجه مالك في الموطأ ص ٥٣٠ ـ حديث (١٤٣٠).

فصـــل

وقد اختلف في لفظ الربا الوارد في القرآن: هل هو من الألفاظ العامة التي يفهم المراد بها وتحمل على عمومها حتى يأتي ما يخصها، أو من الألفاظ المجملة التي لا يفهم المراد بها من لفظها وتفتقر في البيان إلى غيرها على قولين، والذي يدل عليه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: ـ كان من آخر ما أنزل الله على رسوله آية الربا، فتوفي رسول الله ﷺ ولم يفسرها لنا(٥٠)، أنها من الألفاظ المجملة المفتقرة إلى البيان والتفسير، ولم يرد عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ بقوله إن رسول الله ﷺ توفي قبل أن يفسرها أنه ﷺ ـ لم يفسر آية الربا ولا بين المراد بها، وإنما أراد ـ والله أعلم ـ أنه لم يعم جميع وجوه الربا بالنص عليها، للعلم الحاصل أنه ـ ﷺ ـ قد نص على كثير(٥١) منها، من ذلك: تحريمه ـ ﷺ ـ **التَّفَاضُلَ بَيْنَ الذَّهَبِينِ وَالوَرقَيْـن وَأَنْ يُبَاعَ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ غَائِبٌ بِنَاجِزٍ**(٥٢)، ونهيه ﷺ **عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ وَعَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ**(٥٣)، **وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ**(٥٤)، **وَعَنْ بَيْعِ الْمُلاَمَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ**(٥٥)، **وَعَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاَحُهَا**(٥٦)، وما أشبه ذلك، لأن هذه الأحاديث تحمل على البيان والتفسير لما أجمل الله في كتابه من ذكر الربا وما لم ينص عليه ﷺ من وجوه الربا، فإنه أحال فيه على طرق ذلك(٥٧)، أدلة الشرع وبين وجوهها، وما توفي ـ ﷺ ـ إلا بعد أن كمل الدين وبعد أن بين كل ما بالمسلمين الحاجة إلى بيانه، قال الله عزّ وجلّ ﴿ **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتي وَرَضِيتُ لَكُمْ الإِسْلاَمَ ديناً** ﴾.

---

(٥٠) كلمة (لنا) ساقطة في ح ١.

(٥١) كثير: ح ١ ح ٢ هـ، شيء: ت.

(٥٢) رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث أبي سعيد الخدري، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٥٧١/٣.

(٥٣) رواه الطبراني من حديث حكيم بن حزام. المرجع السابق ٦٣٢/٦.

(٥٤) رواه الترمذي والنسائي من حديث أبي هريرة نفس المرجع ٣٠٨/٦.

(٥٥) رواه الجماعة إلا الترمذي نفس المصدر ٢٢٣/٦.

(٥٦) رواه البخاري من حديث أنس بن مالك، المصدر نفسه ٣٠٦/٦.

(٥٧) كلمة (ذلك) ساقطة في هـ.

فصــل

ومما يدل على ما تأولنا(٥٨) عليه حديثه قوله ـ رضي الله عنه ـ إنكم تزعمون أَنا نعلم أبواب الربا، ولأن أكون أعلمها أحب إليَّ من أن يكون لي مثل مصر وكورها، ولكن من ذلك أبواب لا تخفى(٥٩) على أحد: أن تباع الثمرة وهي معصفة(٦٠) لم تطب، وأن يباع الذهب بالورق والورق بالذهب نسيئاً، فأخبر ـ رضي الله عنه ـ أن من وجوه الربا ما هو بين جلي،(٦١) لنص(٦٢) النبي ﷺ عليه؛ وباطن خفي لعدم النص فيه، وتمنى أن تكون جميع وجوه الربا ظاهرة جلية يعلمها بنص النبي ﷺ عليها ولا يفتقر إلى طلب الأدلة في شيء منها، والله عزَّ وجلَّ لما أراد أن يمتحن عباده ويبتليهم فرق بين طرق العلم فجعل منه ظاهراً جلياً وباطناً خفياً ليعلم الباطن الخفي بالاجتهاد والنظر من الظاهر الجلي، فيرفع(٦٣) بذلك الذين آمنوا والذين أوتوا العلم درجات؛ قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **هُوَ الذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَر مُتَشَابِهَاتٌ** ﴾.

فصــل

والربا على وجهين ربا في النقد، وربا في النسيئة؛ فأما الربا في النقد فلا يكون إلا في الصنف الواحد من نوعين، (أحدهما): الذهب والورق، (والثاني) ما كان(٦٤) من الطعام مدخراً مقتاتاً أو مصلحاً للقوت أصلاً للمعاش غالباً في قول بعضهم، وأما الربا في النسيئة فيكون في الصنف الواحد وفي الصنفين، فأما في الصنف الواحد فهو في كل شيء من جميع الأشياء لا يجوز واحد باثنين من صنفه

(٥٨) تأولنا عليه: ح ١ ح ٢، تأولناه عليه: ت هـ.

(٥٩) يخفين: ت ح ٢ هـ، تخفي: ح ١.

(٦٠) معصفة: ح ١، مغضفة: ح ٢، بعظمة: ت، ولعل الأنسب نسخة ح ١، يقال: أعصف الزرع: إذا حان أن يجز.

(٦١) سقطت كلمة (بين) في ح ١ هـ، وهي ثابتة في ت ح ٢.

(٦٢) لنص: ح ٢ هـ، بنص: ت ح ١.

(٦٣) فيرفع: ت ح ٢، فرفع: ح ١ هـ.

(٦٤) كان: ح ١ ح ٢ هـ، يكون: ت.

إلى أجل من جميع الأشياء طعاماً كان أو غيره، وأما في الصنفين، فهو في نوعين، أحدهما الذهب والفضة، (والثاني) الطعام كله كان مما لا يدخر، أو مما[٦٥] يدخر

فصل

وباب الصرف من أضيق أبواب الربا، فالتخلص من الربا على من كان عمله الصرف عسير، إلا لمن كان من أهل الورع والمعرفة بما يحل فيه ويحرم منه وقليل ما هم؛ ولذلك كان الحسن يقول إن استسقيت ماء فسقيت من بيت[٦٦] صراف فلا تشربه، وكان أصبغ يكره أن يستظل بظل الصيرفي، قال ابن حبيب لأن الغالب عليهم الربا؛ وقيل لمالك رحمه الله تعالى أتكره أن يعمل الرجل بالصرف؟ قال نعم إلا أن يكون يتقي الله في ذلك.

فصل

ومما بين النبي ﷺ من وجوه الربا أن الذهب بالذهب والورق بالورق لا يباع إلا مثلاً بمثل يداً بيد، وأن الذهب بالورق لا يباع إلا يداً بيد، ذكر مالك ـ رحمه الله ـ في موطئه عن ابن شهاب، عن مالك بن أوس بن الحدثان النصري، أنه التمس صرفاً بمائة دينار، قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده، ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة، وعمر بن الخطاب يسمع فقال[٦٧] عمر بن الخطاب لا، والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، ثم قال: قال رسول الله ﷺ ـ «الذَّهَبُ بِالْوَرَقِ رِباً إلاَّ هَاءَ وهاءَ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ[٦٨] رِباً إلا هاءَ وهاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمرِ رِباً إلاَّ هاءَ وهاءَ، والشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِباً إلاَّ هاءَ وهاءَ»[٦٩].

فصل

فلا يجوز في الصرف ولا في بيع الذهب والفضة بالفضة مواعدة ولا

---

(٦٥) كلمة (مما) ساقطة في ت، وفي ح ١ تقديم وتأخير.

(٦٦) بيت: ت ح ٢ هـ، دار: ح ١.

(٦٧) قال: ح ١ هـ، فقال: ت ـ وهي الرواية.

(٦٨) جملة (البر بالبر) ساقطة في ت ح ١، ثابتة في ح ٢ هـ، وهي الرواية.

(٦٩) انظر الموطأ رواية يحيى ص: ٤٣٩ ـ حديث (١٣٢٧).

خيار ولا كفالة ولا حوالة، ولا يصح[٧٠]، إلا بالمناجزة الصحيحة لا يفارق صاحبه وبينه وبينه عمل؛ قال رسول الله ﷺ: «**لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلَا تُشِفّوا[٧١] بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ[٧٢] وَلا تَبِيعُوا مِنهَا شيئاً غائباً بناجز[٧٣]**» وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وإن استنظرك إلى أن يلج[٧٤] بيته فلا تنظره، إني أخاف عليكم الرماءَ والرماء هو الربا[٧٥].

فصل

والنظرة في الصرف تنقسم على ثلاثة أقسام، أحدها: أن ينعقد الصرف بينهما على أن ينظر أحدهما صاحبه بشيء مما اصطرفا فيه ـ وإن قل فهذا إذا وقع فسخ جميع الصرف باتفاق لانعقاده على فساد. (والثاني) أن ينعقد الصرف بينهما على المناجزة ثم يؤخر أحدهما صاحبه بشيء مما اصطرفا فيه، فهذا ينتقض الصرف فيما وقع فيه التآخير باتفاق، وإن كان درهما انتقض صرف دينار واحد ما بينه وبين أن يكون الذي وقع فيه التأخير أكثر من صرف دينار فينتقض صرف دينارين، كذا أبداً على هذا الترتيب، واختلف هل يجوز من الصرف ما حصلت[٧٦] فيه المناجزة ولم يقع فيه تأخير أم لا على قولين (أحدهما): إن ذلك لا يجوز، لأنهما متهمان على القصد لذلك والعقد عليه، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة، وقول محمد بن المواز. (والثاني) أن ذلك يجوز ولا يفسخ وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز. والقسم الثالث أن ينعقد الصرف بينهما على المناجزة فيتأخر شيء مما وقع الصرف عليه بنسيان أو غلط أو سرقة من

---

(٧٠) يصح: ح ٢ هـ، يجوز: ح ١، يصلح: ت.
(٧١) تشفوا. تفضلوا: انظر النهاية لابن الأثير (شف).
(٧٢) في ت زيادة (ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض)، وهي شبه تكرار، ولذا لم أثبتها في الصلب.
(٧٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ٥، ص ٢٧٩.
(٧٤) يلج: ت ح ٢، يفتح: ح ١.
(٧٥) سنن البيهقي ج ٥، ص ٢٧٩، وص ٢٨٤.
(٧٦) حصلت: ت ح ٢، جعلت: ح ١.

الصراف[٧٧]، أو ما أشبه ذلك مما يغلبان عليه أو أحدهما؛ فهذا يمضي الصرف فيما وقع فيه التناجز ولا ينتقض باتفاق؛ واختلف هل ينتقض[٧٨]، فيما حصل فيه التأخير إن تجاوز النقصان مثل أن يصرف منه ديناراً[٧٩] بدراهم، فيجد من الدراهم درهماً ناقصاً فيقول أنا أتجاوزه، فلا[٨٠] ينتقض من الصرف شيء على قولين، (أحدهما) قول ابن القاسم إن ذلك لا يجوز وينتقض من الصرف صرف دينار واحد، إلا أن يكون العدد الذي نقص أكثر من صرف دينار فينتقض صرف دينارين، كذا أبداً على هذا المثال والترتيب، (والثاني) قول أشهب إن الصرف يجوز ولا ينتقض منه شيء إن تجاوز النقصان كالدانق إذا رضي به، وقد روي عن ابن القاسم مثل قول أشهب في النقصان اليسير كالدانق والدانقين، وقاله أصبغ في الدرهم من الألف درهم، وذلك لأن الموازين قد تختلف في مثل هذا المقدار، وما تختلف عليه الموازين لا اختلاف[٨١] عندي في جواز تجاوزه، وليس[٨٢] ما روي عن ابن القاسم في هذا اختلافاً من قوله وإنما المعنى في ذلك أن الدانق والدانقين مرة رأى أن الموازين تختلف عليه فأجاز التجاوز عنه، ومرة رأى أن الموازين لا تختلف عليه فلم يجز[٨٣] التجاوز عنه.

فصـــل

وأما إن أراد أن يرجع بالنقصان فيأخذه، فلا يجوز إلا على مذهب من أجاز البدل في الصرف، ورأى أن الغلبة على التأخير فيه بالنسيان والغلط والسرقة والتدليس وما أشبه ذلك لا يبطل الصرف ولا يفسده، فإن وجد فيما صارفه فيه بعد الافتراق زائفاً أبدله[٨٤]؛ وإن وجد ناقصاً أخذه؛ وإن استحق منه شيء، أخذ

(٧٧) الصراف: ت ح ٢، المصرف: ح ١ - وهي ساقطة في هـ.
(٧٨) ينتقض: ت ح ٢ هـ، ينقض: ح ١.
(٧٩) ديناراً: ت، دنانير: ح ١ ح ٢ - وهي ساقطة في هـ.
(٨٠) ولا: ح ١ ح ٢، فلا: ت، وهي ساقطة في هـ.
(٨١) اختلاف: ت ح ٢، خلاف: ح ١.
(٨٢) وليس: ح ١ ح ٢، فليس: ت.
(٨٣) يجز: ت ح ٢، ير: ح ١.
(٨٤) أبدله: ح ١ ح ٢، بدله: ت.

عوضه، وهذا كله على مذهبهم في المجلس ما لم يفترقا على معرفة ذلك.

فصـــل

فإن قال قائل وإذا[85] كان التأخير على وجه الغلبة يبطل الصرف عند مالك ولا يجوز أن يتجاوز النقصان، فكيف جاز أن يتجاوز الزائف وهو كالناقص إذ لم يصارفه إلا[86] على جياد فقبضه الزائف كلا قبض؛ فالجواب عن ذلك أن الدنانير والدراهم في الصرف على مذهب مالك وجمهور أصحابه، إن عينت تعينت، وإن لم تعين فإنها تتعين إما بالقبض وإما بالمفارقة، فلذلك جاز الرضا بالزيوف، لوقوع الصرف عليها بتعيينها بأحد الوجهين، وعلى هذا يأتي اختلافهم إذا استحقت الدراهم ساعة صارفه، هل يلزمه أن يعطيه ما كان عنده[87] صرفه مما بقي في يده لم يستحق، أم لا يلزمه ذلك، فمن رأى أنها تتعين بالقبض لم يلزمه ذلك، إلا أن يشاء، فيكون صرفاً مستقبلاً، ومن رأى أنها لا تتعين إلا بالمفارقة ألزمه ذلك، بخلاف البيوع التي لا يتعين[88] العين فيها إلا أن يعين[88]، فيتعين[89] على اختلاف، ومن أجاز البدل، فمذهبه أن الدنانير والدراهم[90] في الصرف لا تتعين إلا أن تعين وأن الغلبة فيه على التأخير لا تفسد الصرف وقد تقدم ذكـر ذلك.

فصـــل

وقد تقدم أنه لا يجوز في الصرف خيار ولا مواعدة ولا حوالة ولا رهن ولا كفالة، فأما[91] الخيار فلا اختلاف[92] أن الصرف به فاسد كانا جميعاً بالخيار أو أحدهما، لعدم المناجزة بينهما بسبب الخيار، وأما المواعدة فتكره، فإن وقع ذلك وتم الصـرف بينهما على المـواعدة[93] لم يفسـخ عند ابن القـاسم، وقال

---

(٨٥) فإذا: ح ٢ هـ، إذا: ح ١، وإذا: ت.

(٨٦) كلمة (إلا)، ساقطة في ح ١.

(٨٧) صرفه: ت ح ٢، صرف: ح ١.

(٨٨ ـ ٨٨) يتعين: ت ح ٢، تتعين: ح ١.

(٨٩) فيتعين: تـ ح ٢، فتتعين: ١٢.

(٩٠) الدنانير والدراهم: ت ح ٢، الدراهم والدنانير: ح ١.

(٩١) فأما: ت ح ٢، وأما: ح ١.

(٩٢) اختلاف: ت ح ٢، خلاف: ح ١.

(٩٣) على المواعدة: ت ح ٢ هـ، على وجه المواعدة: ح ١.

أصبغ يفسخ، فلعل قول ابن القاسم إذا لم يتراوضا على السوم، وإنما قال له اذهب معي أصرف منك، وقول أصبغ[٩٤] إذا راوضه على السوم فقال له اذهب معي أصرف منك ذهبك بكذا وكذا وأما الحوالة إذا صرف وأحال على الصراف[٩٥] من يقبض منه، فلا يجوز على مذهب ابن القاسم إلا أن يقبض هو صرفه ويدفعه إلى من أحاله، وأما إن قبضه المحال، فلا يجوز وإن كان بحضرته قبل أن يفارقه بخلاف الوكالة إذا صار[٩٦]، ثم وكل على قبض الدراهم فقبضها الوكيل بحضرتهما قبل أن يفارقه[٩٧]، الذي وكله جاز[٩٨]، وبخلاف الحوالة برأس المال في الإقالة من الطعام، وذهب سحنون وأشهب إلى أنه إن قبض المحال قبل أن يفارقه الذي أحاله بحضرة ذلك، جاز، كالإحالة برأس المال في الإقالة من الطعام، وكالوكالة إذا قبض الوكيل قبل أن يفترقا، وأما إذا ذهب الموكل أو المحيل[٩٩] قبل أن يقبض الوكيل أو المحال، فالصرف منتقض[١٠٠] لا يجوز في الحوالة باتفاق، وفي الوكالة على اختلاف؛ لأن أبا زيد روى عن ابن القاسم في الرجلين يصرفان[١٠١] الدراهم تكون بينهما بدينار من رجل، فيذهب أحدهما ويتخلف الآخر على قبض الدينار ـ أن ذلك جائز، ونحوه في سماع أصبغ، إلا أن يفرق بين المسئلتين بسبب الاشتراك في الدراهم أو الدنانير[١٠٢] وذلك بعيد، لأنه قد ساوى في المدونة بينهما، وأما الوكالة على قبض رأس المال في الإقالة من الطعام فإنها تجوز وإن افترقا إذا قبض الوكيل قبل أن يفارق المسلم إليه، وأما الحمالة فإن كانت بالدنانير إن استحقت الدراهم أو بالدراهم إن استحقت الدنانير، جاز ذلك، وإلا لم يجز وكذلك الرهن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

---

(٩٤) عبارة (وقول أصبغ... اصرف منك)، ساقطة في ت، ثابتة في ح ١ ح ٢ هـ.

(٩٥) الصراف: ت ح ٢، المصرف: ح ١.

(٩٦) صرف: ت ح ٢ هـ، صارف: ح ١.

(٩٧) يفارقه: ت ح ٢ هـ، يفارق: ح ١.

(٩٨) عبارة (جاز وبخلاف الحوالة)، ساقطة في ح ١، ثابتة في ت ح ٢ هـ.

(٩٩) أو المحيل: ح ٢ هـ، والمحيل: ت، وسقطت في ح ١.

(١٠٠) منتقض: ت ح ١ ح ٢، ينتقض: هـ.

(١٠١) يصرفان: ت ح ٢، يصطرفان: ح ١ هـ.

(١٠٢) أو الدنانير: ح ١ ح ٢، والدنانير: ت.

كتاب السَّلَم[1]

القول في السلم وأصل جوازه وتقسيم وجوهه وتبيين الصحيح منه من الفاسد

السلم ـ وإن سمي سلماً فهو بيع من البيوع، لأن البيع نقل الملك عن عوض، كما أن المصارفة والمراطلة والمعاوضة[2] والمبادلة وما أشبه ذلك من الأسماء التي اختصت ببعض البيوع وتعرفت بها دون سائرها ـ بيوع كلها في الحقيقة. والأموال التي تنتقل[3] الأملاك فيها بالمعـاوضـة[4] عليها على ثلاثة أوجه: عين حاضرة مرئية، وعين غائبة غير مرئية، وسلم ثابت في الذمة.

فصـــل

فأما العين الحاضرة المرئية فلا اختلاف بين أهل العلم في جواز بيعها، وأما العين الغائبة فبيعها عندنا على الصفة جائز لازم خلافاً للشافعي في قوله إن بيعها على الصفة غير جائز، وخلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله[5] بأن ذلك جائز وليس بلازم، وسيأتي القول على هذا في موضعه من كتاب بيع الغرر إن شاء الله. وأما السلم الثابت في الذمة، فيجوز عندنا في كل ما يضبط[6] بالصفة،

---

(١) كتاب السلم، القول في السلم: ح ٢ هـ، كتاب السلم ـ بسم الله الرحمان الرحيم وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد ـ القول في السلم: ح ١، كتاب السلم فصل في القول في السلم: ت.

(٢) والمعاوضة: ت ح ٢ هـ، والمقارضة: ح ١.

(٣) تنتقل: ت ح ٢ هـ، تنقل: ح ١.

(٤) بالمعاوضة: ت ح ٢ هـ، بالتعاوض: ح ١.

(٥) جملة (في قوله) ساقطة في ت.

(٦) يضبط: ت ح ٢ هـ، ينضبط: ح ١.

ويجوز قرضه على شروط يأتي وصفها إن شاء الله تعالى، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله إن السلم والقرض في الحيوان لا يجوز، ولداود وطائفة من أهل الظاهر في قولهم إن السلم فيما عدا المكيل والموزون لا يجوز.

فصـــل

فمن الدليل على صحة قولنا في إجازة السلم في الحيوان والعروض وجميع ما يضباط بالصفة: أن الله تبارك وتعالى أباح البيع لعباده وأذن لهم فيه إذناً مطلقاً وإباحة عامة في غير ما آية من كتابه، فقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُم﴾[7] وقال ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[8]، وقال: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ ﴾[9]، وقال: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾[9]، يريد التجارة هذا معنى الآية: لأنه قد قرئ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم في مواسم الحج، فتحمل هذه القراءة على التفسير، وقال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ على أنه قد اختلف في قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، و ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾، ﴿ ولله عَلَى النَّاسِ حَجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾[12]، و ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ ﴾[13]، هل هي من الألفاظ العامة أو من الألفاظ المجملة؟ فمن أهل العلم من ذهب إلى أنها كلها مجملة لا يفهم المراد بها من لفظها وتفتقر في البيان إلى غيرها ومنهم من ذهب إلى أنها كلها عامة يجب حملها على عمومها بحق الظاهر حتى يأتي ما يخصصها وذهب أبو محمد بن نصر وهو عبد الوهاب صاحب الشرح من البغداديين[14]، إلى أنها كلها مجملة إلا قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ

---

(٧) الآية: ٢٨٢ ـ سورة البقرة.

(٨) الآية: ٢٩ ـ من نفس السورة.

(٩) الآية: ٢٨٢ ـ نفس السورة.

(١٠) الآية: ١٩٨ ـ السورة نفسها.

(١١) وردت بهذا المعنى آيات كثيرة.

(١٢) الآية: ٩٧ سورة آل عمران.

(١٣) الآية: ١٨٣ ـ سورة البقرة.

(١٤) أبو محمد القاضي عبد الوهاب البغدادي، من أئمة المذهب، ثقة حجة. (ت ٤٢٢ هـ). من =

الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، فإنها عامة، وهو أظهر[١٥] الأقوال، فإنما يصح الاحتجاج بهذه الآية. أعني قوله **﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِبَا﴾**، لجواز السلم في الحيوان والعروض على مذهب من ذهب من العلماء إلى أنها عامة يجب حملها على عمومها في كل بيع إلا ما خصه الدليل.

فصــل

وقد خص الله تبارك وتعالى من ذلك بمحكم كتابه البيع في وقت صلاة الجمعة فقال: **﴿ يا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ للصَّلاَةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إلى ذِكْرِ الله وَذَرُوا الْبَيْع ﴾**[١٦]، وخص من ذلك أيضاً على لسان نبيه بيوعاً كثيرة من ذلك نهيه ـ ﷺ ـ **عَنْ بَيْع الغَرَرِ**[١٧]، **وَعَنْ بَيْعِ الْمُلاَمَسَةِ وَالْمُنَابَذَة**[١٨]، **وَبَيْع حَبَل حَبَلَة**[١٩]، **وَعَنْ بَيْعَتَيْن في بَيْعَةٍ**[٢٠]، **وَبَيْعَ الحَصاة**[٢١]، **وَبَيْع الغُرْبَان**[٢٢]، **وَبَيْعِ حَاضِرٍ**[٢٣] **لِبَادٍ وَأَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ**[٢٤]، وما أشبه ذلك من نواهيه ولم ينه ـ ﷺ ـ عن السلم فبقي على أصل الإباحة الواردة في القرآن لعموم الألفاظ، لأنه بيع من البيوع على ما قدمناه إلا ما خص منه أيضاً بالقياس والسنّة والإجماع على ما سنبينه ـ إن شاء الله.

= مؤلفاته شرح المدونة لم يكمله، ولعله هو الذي يعنيه المؤلف بقوله: صاحب الشرح أجاد فيه وأفاد.

انظر ترجمته في تاريخ بغداد ١١/ ٣١ ـ ٣٢، وطبقات الشيرازي ص ١٦٨ ـ ١٦٩، وترتيب المدارك ٧/٢٢٠ ـ ٢٢٦ ـ طبع المغرب، والديباج المذهب ـ لابن فرحون ج ٢/٢٦ ـ ٢٩ تحقيق الأحمدي.

(١٥) اظهر: ح ١ ح ٢، ظاهر: ت هـ.

(١٦) الآية: ١٩، سورة الجمعة.

(١٧) أخرجه أحمد ومسلم من حديث أبي هريرة. انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٣٣١.

(١٨) مر تخريجه آنفاً.

(١٩) رواه الجماعة: انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٣٣٠.

(٢٠) مر تخريجه.

(٢١) رواه أحمد ومسلم من حديث أبي هريرة. انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٣٣١.

(٢٢) أخرجه أبو داود وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص المرجع السابق ٦/٣٣٢.

(٢٣) رواه الجماعة.

(٢٤) حديث متفق عليه.

فصـــل

فالسلم[٢٥] في الحيوان والعروض من جملة ما بقي على أصل الإباحة إذ لم يخصه بجملته سنة ولا قياس ولا إجماع.

فصـــل[٢٦]

ومن الدليل أيضاً على جواز السلم في الحيوان وما سواه مما يضبط بالصفة ويجوز فيه القرض[٢٧] قول الله تعالى: ﴿ **يا أيُّها الذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوه** ﴾[٢٨]، فلم يخص دينا من دين بل عم جميع الديون، والحيوان[٢٩] من ذلك لجواز تعلقه بالذمة، يشهد لذلك استسلاف النبي ﷺ البكر[٣٠]، وقد قال[٣١] ابن عباس أشهد أن التسليف[٣٢] المضمون إلى أجل معلوم قد أحله الله وأذن فيه، أما تقرؤون قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **يَا أَيُّهَا الذِين آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** ﴾. فسواء باع طعاماً واكتتب ذهباً أو أعطى ذهباً واكتتب طعاماً، قلت أو ثياباً أو حيواناً، والله أعلم. ومن طريق القياس أن هذا شيء يصح تعلقه بالذمة مهراً أو قرضاً، فجاز تعلقه بها سلماً أصل ذلك الطعام، ثبت أن رسول الله ﷺ استقرض الطعام وأنه قدم المدينة وهم يسلمون في الثمار إلى السنتين والثلاث[٣٣]، فقال أسلموا في كيل معلوم ووزن معلوم، إلى أجل معلوم[٣٤].

---

(٢٥) فالسلم: ح ١ ح ٢ هـ، والسلم: ت.
(٢٦) كلمة (فصل) ساقطة في ت، ثابتة في ح ١ ح ٢ هـ.
(٢٧) القرض: ت ح ٢ هـ، فرضه: ح ١.
(٢٨) الآية: ٢٨٢ ـ سورة البقرة.
(٢٩) فالحيوان: ت ح ٢، والحيوان: ح ١ هـ.
(٣٠) أخرجه بهذا اللفظ (البكر) الجماعة ـ إلا البخاري، فإنه رواه بمعناه.
(٣١) وقد قال ابن عباس: ت هـ، قال ابن عباس ـ بإسقاط (وقد): ح ١.
(٣٢) التسليف: ت ح ٢ هـ، السلف: ح ١.
(٣٣) أخرجه ابن ماجه في السنن ٢/٢١٠.
(٣٤) أخرجه أحمد في المسند ٣٥٨/١.

فصـــل

والسلم في مذهب مالك رحمه الله وأصحابه جائز فيما ينقطع من أيدي الناس وفيما لا ينقطع من أيديهم إذا اشترط الأخذ فيما ينقطع من أيديهم في حين وجوده، فإن اشترط الأخذ في حين عدمه لم يجز، ومن أهل العلم من لا يجيز السلم إلا فيما يكون موجوداً بأيدي الناس من حين عقد السلم إلى حين حلوله، ومنهم من لا يجيز السلم إلا فيما يكون موجوداً بأيدي الناس ولا ينقطع في وقت من الأوقات.

فصـــل

فمن حجة من لا يجيز السلم إلا فيما يكون موجوداً من حين عقد السلم إلى حين حلول أجله[٣٦]، أن المسلم إليه قد يموت فيحل عليه السلم بموته، وربما كان ذلك في حين انقطاعه فيئول ذلك إلى الغرر؛ ومن حجة من لا يجيز السلم إلا فيما لا ينقطع قبل حلول السلم ولا بعده، أن القضاء قد يتأخر لعذر أو لغير عذر بعد حلول الأجل حتى ينقضي الإبان فيرد إليه رأس ماله، أو يتأخر إلى العام المقبل ـ وذلك غرر، وهذا كله لا يلزم، لأن العقود إذا صحت وسلمت من الغرر، فلا يراعى ما يطرأ عليها بعد ذلك مما لم يقصد إليه، إذ لو روعي ذلك، لما صح عقد ولا سلم بيع بوجه من الوجوه، بل السلم فيما له إبان على أن يقتضى في إبانه، أجوز من السلم فيما لا ينقطع من أيدي الناس وإن كانا جائزين جميعاً؛ لأن السلم فيما لا ينقطع من أيدي الناس يحل بموت المسلم إليه، وحياته إلى أن يحل الأجل غير مأمونة؛ وفي ماله إبان لا يحل بموت المسلم إليه، وتوقف تركته إلى أن يأتي[٣٧] الإبان فيقضى حقه وحينئذٍ يقسم ماله بين ورثته، لقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[٣٨]، فهو أقل غرراً.

(٣٥) حين: ح ١ ح ٢ هـ، وقت: ت.
(٣٦) إلى حلول أجله: ت ح ٢ هـ، إلى أجله: ح ١.
(٣٧) يأتي: ت ح ٢ هـ، يحل: ح ١.
(٣٨) الآية: ١١ سورة النساء.

فصــل

وإنما توقف تركته كلها ـ إذا خشي أن يستغرقها ما عليه من السلم، وأما إذا كان السلم يسيراً وماله كثيراً، فإنما يوقف منه ما يرى أنه يفي بما عليه من السلم، ويقسم بقية[٣٩] ذلك بين ورثته؛ إلا على رواية أشهب عن مالك الذي يرى أن القسمة لا تجوز في شيء من المال ـ وعلى الميت دين وإن كان يسيراً واستقام الأمر[٤٠] وجاء على العافية.

فصــل

فإن كان عليه ديون[٤١] ضرب لصاحب السلم مع الغرماء بما يساوي سلمه بالنقد يوم الإبان على ما عرف من قيمته بالعادة[٤٢] لا بما يساوي الآن على أن يقبض في وقته إلا على مذهب سحنون القائل إن صاحب السلم المؤجل يحاص بقيمة سلمه إلى الأجل لا بقيمته الآن حالا وهو بعيد.

فصــل

فإن جاء الإبان، وهو أغلى مما قوم به، لم يكن له على الغرماء رجوع؛ وإن كان أرخص، لم يكن لهم[٤٣] عليه رجوع في الزيادة ما بينه وبين جميع حقه؛ فإذا وجد حقه، فلا يزاد عليه ويرد الفاضل إليهم.

فصــل

فإذا قلنا إن السلم فيما له إبان على أن يقبض في إبانه جائز، فإن انقضى الإبان قبل أن يقبض صاحب السلم جميع سلمه، فلمالك وأصحابه رحمهم الله في ذلك ثلاثة أقوال، القولان منها تتفرع على أربعة أقوال، ففي جملة المسئلة خمسة

---

(٣٩) بقية ذلك: ت ح ٢ هـ، بعد موته ذلك: ح ١.
(٤٠) كلمة (الأمر) ساقطة في ت، ثابتة في ح ١ ح ٢ هـ.
(٤١) ديون: ح ٢، دين: ت ح ١ هـ.
(٤٢) بالعادة: ت هـ، على العادة: ح ١.
(٤٣) لهم: ت ح ١، له: ح ٢ هـ.

أقوال؛ (أحدها): قول مالك الأول في المدونة أن الذي يوجبه الحكم أن يتأخر الذي له السلم إلى عام مقبل[٤٤] فإن تراضيا واتفقا على المحاسبة، فعلى قولين، أحدهما أن ذلك لا يجوز لهما، لأنه يدخله البيع والسلف وهو قول مالك الأول في المدونة، والثاني أن ذلك جائز وهو قول مالك الآخر الذي رجع إليه وهو قول سحنون: من طلب التأخير منهما فذلك له إلا أن يجتمعا على المحاسبة. (والقول الثاني)[٤٥] قول أشهب إن الذي يوجبه الحكم المحاسبة وأخذ بقية رأس المال، فإن اتفقا على أن يتأخر الذي له السلم إلى سنة أخرى فعلى قولين، أحدهما أن ذلك لا يجوز ـ وهو قول أشهب، لأنه يدخله فسخ الدين في الدين، والآخر أن ذلك جائز ـ وهو قول أصبغ، وهو قول ضعيف لا يحمله القياس؛ فهذه أربعة أقوال يتفرع كل واحد من القولين المذكورين إلى قولين كما حكيناه، والقول الخامس قول ابن القاسم في المدونة وكتاب ابن المواز إن الذي له السلم مخير إن شاء أن يتأخر إلى سنة مقبلة، وإن شاء أن يأخذ بقية رأس ماله، وهو قول ضعيف معترض أيضاً من الوجه الذي اعترض به قول أصبغ، وحكى فضل في كتابه أن الذي وقع في المدونة من قوله: من طلب التأخير منهما فذلك له إلا أن يجتمعا على المحاسبة؛ هو قول ابن القاسم، والصحيح أنه من قول سحنون كما ذكرنا لأن قوله من طلب التأخير منهما فذلك له إلا أن يجتمعا على المحاسبة، لا يتسق[٤٦] مع قول ابن القاسم قبل ذلك أنه إن شاء أن يؤخر الذي له السلم إلى إبانه من السنة المقبلة، فذلك له بل يتنافى ويتدافع مع ما لابن القاسم مكشوفاً في كتاب ابن المواز: أن الذي له السلم مخير، وكذلك هو في بعض الأمهات من قول سحنون مكشوفاً؛ وحكى ابن حبيب عن مالك أن الذي له السلم مخير مثل قول ابن القاسم؛ فخلط قولي مالك وجعلهما قولاً واحداً فأفسدهما؛ وحكى فضل أيضاً عن سحنون أنهما مجبوران على

---

(٤٤) مقبل: ت ح ١، قابل: هـ.

(٤٥) والثاني: ت هـ، والقول الثاني ـ بزيادة (القول)، والعبارة برمتها ساقطة في ح ٢.

(٤٦) يتسق: ت ح ٢ هـ، يستبين: ح ١.

التأخير مثل قول مالك الأول خلاف ما وقع[٤٧] في المدونة من قوله: من طلب التأخير منهما فذلك له إلا أن يجتمعا على المحاسبة. وقوله هذا مفسر لقول مالك الذي رجع إليه، وكان من حقه أن يكون متصلاً به، فلو اتصل به لم يكن في المسئلة إشكال ـ والله أعلم وبه التوفيق.

فصـــل

في ذكر شرائط السلم التي لا يصح دونها، وللسلم خمسة شروط لا يصح إلا بها، أحدها أن يكون مضموناً فيما يجوز[٤٨] ملكه وبيعه (والثاني) أن يكون موصوفاً صفة تحصر المسلم فيه لا يتعذر وجودها (والثالث) أن يكون معلوم القدر بكيل فيما يكال أو ذرع فيما يذرع أو عدد فيما يعد أو وزن فيما يوزن أو ما يقوم مقام الوزن من التحري المعروف (والرابع) أن يكون مؤجلاً إلى أجل معلوم وفي حده اختلاف سأذكره إن شاء الله (والخامس) أن يعجل دفع رأس المال ولا يؤخره بشرط فوق ثلاث: فإن وقع السلم على غير هذا[٤٩] لم يجز وفسخ.

فصـــل

فسلم الدنانير والدراهم على هذا جائز في كل شيء من العروض والطعام والرقيق والحيوان وجميع الأشياء، حاشا أربعة أشياء، أحدهـا: ما لا يصح الانتقال به من الدور والأرضين، والثاني ما لا يحاط بصفته مثل تراب المعادن والجزاف فيما يصح بيعه جزافاً. والثالث: ما يتعذر وجوده من الصفة. والرابع: ما لا يجوز بيعه بحال، نحو تراب الصـواغين والخمر والخنزير وجلود الميتات، وجميع النجاسات، وما أشبه ذلك من الغرر والحرام.

فصـــل

فإن وقع السلم فاسداً، فالذي يتحصل في مسئلة الكتاب فيمن أسلم في حنطة سلماً فاسداً أن فساده إن كان متفقاً عليه أو مختلفاً فيه ففسخ بحكم جاز

---

(٤٧) وقع في: ت ح هـ، وقع له في ـ بزيادة (له): ح ١.

(٤٨) يجوز ملكه: ت ح ٢ هـ، يجوز له ملكه ـ بزيادة (له): ح ١.

(٤٩) غير هذا: ت ح ٢ هـ، غيرها: ح ١.

للمسلم أن يأخذ في رأس ماله خلاف الجنس الذي أسلم فيه مثل تمر من قمح، وأن يؤخره برأس ماله وأن يأخذ بعضه ويضع عنه بعضه باتفاق، ولم يجز له أن يأخذ برأس ماله دنانير إن كان[٥٠] دراهم ولا ما أشبه ذلك مما لا يجوز له أن يسلم رأس ماله فيه باتفاق أيضاً، واختلف هل يجوز له أن يأخذ منه من جنس سلمه شيئاً أم لا على ثلاثة أقوال، (أحدها) أنه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً من ذلك لا سمراء من سمراء ولا محمولة من سمراء ولا قمحاً من شعير وهذا هو ظاهر الكتاب (والثاني) أنه يجوز له أن يأخذ منه ما شاء من ذلك وهو قول ابن لبابة (والثالث) أنه يجوز له أن يأخذ منه محمولة من سمراء وقمحاً من شعير، ولا يجوز له أن يأخذ منه محمولة من محمولة ولا سمراء من سمراء وهو قول الفضل. وأما إن كان الفساد مختلفاً فيه فلا يجوز له أن يأخذ منه قبل الحكم بالفسخ خلاف الجنس الذي أسلم إليه فيه، ولا أن يؤخره برأس ماله، ولا أن يأخذ منه بعضه ويضع عنه بعضه باتفاق، لأن ذلك كله بيع الطعام قبل أن يستوفى على قول من يجيزه، فإن أراد أن يأخذ منه شيئاً من جنس سلمه، فعلى الثلاثة الأقوال المذكورة بعد الحكم في[٥١] الفساد المتفق على تحريمه، وذهب عبد الحق إلى أن السلم إذا فسخ بالحكم جاز له أن يأخذ برأس ماله دنانير وهو[٥٢] دراهم وذلك بعيد غير صحيح فلا يعد في الخلاف، وتراضيهما بالفسخ كالحكم بالفسخ عند أشهب وضعف ذلك ابن المواز.

فصـــل

وإنما لم يجز السلم في الدور والأرضين، لأن السلم لا يجوز إلا بصفة، ولا بد في صفة الدور والأرضين من ذكر موضعها، وإذا ذكر موضعها تعينت فصار السلم فيها كمن ابتاع من رجل دار فلان على أن يتخلصها له منه، وذلك من الغرر الذي لا يحل ولا يجوز، لأنه لا يدري بكم يتخلصها منه وربما لم يقدر على أن يتخلصها منه، ومتى لم يقدر على أن يتخلصها منه رد إليه رأس ماله فصار مرة بيعاً ومرة سلفاً وذلك سلف جر نفعاً.

---

(٥٠) كان: ت ح ٢ هـ، كانت: ح ١.

(٥١) في الفساد: ح ١ ح ٢، وفي الفساد: ت، بالفساد: هـ.

(٥٢) وهو: ت ح ٢ هـ، وهي: ح ١.

فصــل

وإنما لم يجز السلم فيما يتعذر وجوده من الصفة، لأنه إن وجدت السلعة على الصفة المشترطة تم البيع؛ وإن لم توجد، رجع إليه رأس ماله فصار مرة بيعاً ومرة سلفاً، وذلك أيضاً سلف جر منفعة، وإنما لم يجز السلم فيما لا تحصره الصفة، لأنه غرر وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر.

فصــل

وإنما كان من شروط[٥٣] صحة السلم: أن يكون مضموناً موصوفاً معلوم القدر إلى أجل معلوم، لأنه متى أخل بشيء من ذلك كان من الغرر المنهي عنه في البيوع.

فصــل

وإنما كان من شروط[٥٣] صحته أن لا يتأخر رأس المال فوق ثلاث لنهي النبي ﷺ **عَنْ بَيْعَ الكالىء بالكالىء**[٥٤] وتأخيره ثلاثة أيام فما دونها بشرط جائز، وقد وقع في المدونة ما ظاهره أنه لا يجوز أن يتأخر بشرط قليلاً ولا كثيراً، والمشهور ما قدمناه أولاً؛ وأما تأخيره فوق الثلاث[٥٥] بشرط، فذلك لا يجوز باتفاق ـ كان رأس المال عيناً أو عرضاً؛ فإن تأخر فوق الثلاث بغير شرط لم يفسخ إن كان عرضاً، واختلف فيه إن كان عيناً؛ فعلى ما في المدونة أن السلم يفسد بذلك ويفسخ، وعلى ما ذهب إليه ابن حبيب أنه لا يفسخ إلا أن يتأخر فوق الثلاث بشرط.

فصــل

وقد اختلف قول مالك ـ رحمه الله تعالى ـ في حد أقل ما يجوز إليه السلم من الآجال، فكان يقول أولاً أقـل ما يجوز إليه السلم ما ترتفع فيه الأسواق

---

(٥٣) شروط: ح ١ ح ٢، شرط: ت ـ وسقطت العبارة برمتها: (فصل: وإنما كان من شرط صحة السلم المنهي عنه في البيع) ـ في هـ.

(٥٤) رواه الحاكم والبيهقي من حديث ابن عمر. انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٣٣٠.

(٥٥) الثلاث: ت ح ٢ هـ، ثلاث: ح ١.

وتنخفض، وذلك نحو الخمسة عشر يوماً ـ وهو قوله في المدونة، ثم أجازه إلى اليومين والثلاثة؛ ووقع[٥٦] اختلاف قوله هذا في سماع ابن القاسم من جامع البيوع، وذكر الاختلاف عنه في ذلك ابن حبيب أيضاً، وكذلك اختلف في ذلك قول سعيد بن المسيب، فله في المدونة مثل قول مالك الأول، وفي الواضحة مثل قوله الآخر، وأجاز السلم الحال إذا وقع على ما كان يقيم منه من أدركناه من الشيوخ ـ وفيه نظر؛ وما في المدونة أصح، لأن إجازة السلم الحال أو إلى اليومين ونحوهما من باب بيع ما ليس عندك، وقد روي أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال لحكيم ابن حزام: **يا حكيم لا تبيعن إلا ما عندك**[٥٧] وقال رجل لسعيد بن المسيب إني أبيع بالدين؟ قال له لا تبع إلا ما آويت إلى رحلك.

فصل

وبيع ما ليس عندك ينقسم على ثلاثة أوجه، وجه متفق على جوازه وهو أن يبيع بنقد ما ليس عنده إلى أجل ترتفع فيه الأسواق وتنخفض وهو السلم الذي جوزه القرآن والسنة، ووجه متفق على كراهيته: وهو أن يبيع بثمن إلى أجل ما ليس عنده نقداً أو إلى أجل، وشرح هذا الوجه وتفصيله يطول وسأذكره في كتاب بيوع الآجال ـ إن شاء الله. ووجه اختلف فيه فأجيز وكره ـ وهو أن يبيع ما ليس عنده نقداً بنقد، ووجه كراهيته: أنه كأنه اشترى منه سلعة فلان على أن يتخلصها منه وإن كان هذا أكره، لأن فلانا قد لا يبيع سلعته، ومن أسلم إليه في سلعة غير معينة حالة عليه لا يتعذر عليه شراؤها في الأغلب من الحالات؛ وقال أشهب وجه الكراهية في ذلك أيضاً أنه إذا أعطي دنانير في سلعة إلى يومين ونحوهما فكأنه قيل له خذ هذه الدنانير فاشتر بها سلعة كذا فما زاد فلك، وما نقص فعليك، فدخلته المخاطرة والغرر ـ وإن كان ذلك في السلعة المعينة أكره منه في غير المعينة فاختلف[٥٨] فيه أيضاً، في السلم الأول من الدونة أن ذلك لا يجوز، وفي سماع يحيى من جامع

(٥٦) وقع: ت ح ٢ هـ، ووقع: ح ١.

(٥٧) مر تخريجه.

(٥٨) فيختلف: ح ١ ح ٢ هـ، فاختلف: ت.

البيوع تخفيف ذلك إذا كان قد قاربه في بيعها ورجا تمام ذلك، ونحوه في سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال إذا كانت البيعتان بالنقد.

فصــل

وأما حد أبعد آجال السلم، فحد ما يجوز إلـيه البيع على الاختلاف في ذلك[٥٩].

فصــل

وأما تسليم العروض بعضها في بعض كانت مما يكال أو يوزن أو مما لا يكال ولا يوزن والحيوان بعضه في بعض، فذلك كله جائز في مذهب مالك وجميع أصحابه إذا اختلفت الأصناف واختلفت المنافع والأغراض في الصنف الواحد، فبان ألّا اختلاف في المذهب في هذه الجملة، وإنما اختلفوا في تفصيلها على ما يأتي في مسائلهم من الاختلاف في بعض الأشياء: هل هي[٦٠] صنف واحد أو صنفان فرآه بعضهم صنفاً واحداً لتقارب المنافع بينهما عنده، ويراه بعضهم صنفين لتباعد الأمد بينهما عنده على ما يؤديه الاجتهاد إلى كل واحد منهم.

فصــل

وإنما لم يجز سلم الصنف في مثله لورود السنة عن النبي ﷺ بتحريم ما جر من السلف نفعاً وذلك على عمومه في العين والعرض[٦١] والطعام فيمن أسلم سلفاً المنفعة يبتغيها من زيادة في الكيل أو فضل في الصفة أو اغتفار الزيادة لابتغاء الضمان، فذلك كله حرام، ذكره مالك ـ رحمه الله في موطئه أنه بلغه أن رجلاً أتى عبد الله بن عمر فقال له يا أبا عبد الرحمن إني أسلفت رجلاً سلفاً واشترطت أفضل ما أسلفت، فقال عبد الله بن عمر رضي الله عنه ذلك الربا ـ الحديث بطوله[٦٢].
وقال رضي الله عنه من أسلف سلفاً فلا يشترط إلا قضاءه[٦٣]، وقال عبد الله بن

(٥٩) من قوله (فصل: وأما حد.. على الاختلاف في ذلـك) ساقط في هـ.
(٦٠) هي صنف: ح ١ ح ٢ هـ، هو صنف: ت.
(٦١) العرض: ت ح ١ ح ٢، العروض: هـ.
(٦٢) انظر الموطأ رواية يحيى ص ٤٧٤ ـ ٤٧٥ حديث (١٣٧٥).
(٦٣) المصدر نفسه ص ٤٧٥ ـ حديث (٢٣٧٦).

مسعود من أسلف سلفاً فلا يشترط أفضل منه وإن كان قبضة من علف فهو ربا[٦٤].

فصـــل

وتفسير ذلك مقيس على الربا المحرم بالقرآن ربا الجاهلية. إما أن تقضي وإما أن تربي لأن تأخيره بالدين بعد حلوله على أن يربي له فيه سلف جر منفعة، وإنما يجوز في السلف أن يأخذ أفضل مما أسلفه إذا كان ذلك من غير شرط كما فعل رسول الله ﷺ حين استسلف من رجل بكراً فقضاه جملاً خياراً رباعياً وَقَالَ: «إنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنَهُمْ قَضَاءَ»[٦٥]، وكره مالك رحمه الله تعالى أن يأخذ أكثر عدداً في القرض في مجلس القضاء ولا بأس به بعد المجلس إذا لم يكن وأي[٦٦] ولا عادة[٦٧]، فإذا أسلم الصنف من العروض والحيوان في مثله أكثر عدداً أو أفضل في الصفة فذلك حرام وربا: لأنه قد قرض بزيادة يشترطها في العدد والصفة، وإن كان أسلمه في أقل من عدده أو أدنى من صفته، فإنما اغتفر كثرة العدد أو أفضل الصفة لابتغاء الضمان وذلك كله لا يجوز لنهي رسول الله ﷺ عن سلف جر منفعة حتى إذا اختلفت الصفة اختلافاً بيناً فتباعدت أشبهت الصنفين وخرجت عن معنى القرض إلى البيع الجائز، فجاز أن يسلم بعضها في بعض، لجواز نفاق كل واحد من الصنفين، وكساده دون الآخر، ولا يجوز ذلك في الصنف الواحد، فإذا لم يجز ذلك فيه كان المسلم له في مثله على يقين من النفع الذي اشترطه فلم يجز، بخلاف الصنفين اللذين لا يكون في سلم أحدهما في صاحبه المسلم[٦٨] ولا المسلم إليه على يقين من النفع الذي يبتغيه، لجواز نفاق كل واحد من الصنفين دون صاحبه.

فصـــل

وأما تسليم العين بعضه في بعض: الذهب في الفضة أو الفضة في الذهب

---

(٦٤) نفس المصدر ـ حديث (١٣٧٧).

(٦٥) المصدر نفسه ص ٤٧٣ ـ ٤٧٤ ـ حديث (١٣٧٢).

(٦٦) واي: وعد.

(٦٧) انظر الموطأ رواية يحيى ص ٤٧٤، طبع دار النفائس.

(٦٨) صاحبه المسلم: ح ١، صاحبه لا المسلم بزيادة (لا): ت.

أو الذهب في الذهب أو الفضة في الفضة، فذلك لا يجوز بإجماع أهل العلم؛ وكذلك الطعام كله بجميع أصنافه. كان مما يكال أو يوزن أو مما لا يكال ولا يوزن، كان مما يدخر أو مما لا يدخر، لا يجوز سلم بعضه في بعض.

فصــل

وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام، (أحدها) أن لا يشترط المسلم المستعمل - عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه. (والثاني) أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه. (والثالث) أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه. (والرابع) أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه؛ فأما الوجه الأول وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه، فهو سلم على حكم السلم لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال؛ وأما الوجه الثاني وهو أن يشترط عمله ويعين ما يعمله منه، فليس بسلم وإنما هو من باب البيع والإجارة[٦٩] في الشيء المبيع؛ فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن[٧٠] بإعادته للعمل أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل، فيجوز على أن يشرع في العمل وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك؛ فإن كان على أن يشرع في العمل، جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها، لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل؛ وأما الوجه الثالث وهو أن لا يشرط عمله بعينه ويعين ما يعمل منه، فهو أيضاً من باب البيع والإجارة[٧١] في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره؛ وأما الوجه الرابع وهو أن يشرط عمله ولا يعين ما يعمل منه فلا يجوز على حال، لأنه يجتذبه أصلان متناقضان: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضموناً، وامتناعه لاشتراط عمل[٧٢] المستعمل بعينه.

---

(٦٩) والإجارة: ح ١، والأجرة: ت ح ٢.
(٧٠) يمكن: ت ح ٢، تمكن: ح ١.
(٧١) والإجارة: ح ١، والأجرة: ت ح ٢.
(٧٢) لاشتراط: ت ح ٢ هـ، لاشتراطه: ح ١.

فصـــل

في القول في الربا في العين والطعام وتقسيم وجوهه وتبيين علله الربا في بيع الطعام بعضه ببعض والعين بعضه ببعض على وجهين: رباً في النقد، وربا في النسيئة؛ فما كان من الطعام صنفاً واحداً مدخراً مقتاتاً أو مصلحاً للقوت أصلاً للمعاش غالباً، فالربا فيه من وجهين لا يجوز التفاضل فيه يداً بيد ولا بيعه بالنسيئة[73] مثلاً بمثل ولا متفاضلاً؛ كالذهب بالذهب، والورق بالورق فإذا اختلف الصنفان من ذلك، جاز التفاضل فيهما يداً بيد، وحرمت فيهما النسيئة كالذهب بالورق والورق بالذهب، وكذلك إذا بيع ما يدخر ويقتات، بما لا يدخر ولا يقتات، أو ما لا يدخر ولا يقتات، بما لا يدخر ولا يقتات، لم يكن الربا فيه إلا في النسيئة خاصة؛ لأن العلة عند مالك رحمه الله وأصحابه في منع جواز التفاضل في الصنف[74] الواحد، هي أن يكون مطعوماً مدخراً مقتاتاً أو مصلحاً للقوت؛ وبعضهم يزيد في صفة العلة أصلاً للمعاش غالباً على اختلاف بينهم في مراعاة ذلك؛ والعلة في ذلك عند الشافعي الطعم بانفراده، فحرم التفاضل في الصنف الواحد من كل ما يؤكل ويشرب. كان مما يدخر أو مما لا يدخر؛ كان مما يكال أو يوزن، أو مما لا يكال ولا يوزن، حتى حرم التفاضل في السقمونيا والطين الأرمني، والعلة في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله الكيـل والوزن، فلم يجز التفاضل في الصنف الواحد مما يوزن أو يكال، كان مما يؤكل أو يشرب، أو مما لا يؤكل ولا يشرب ومنع من رطل حديد برطلين[75] حديد - يداً بيد أو إلى[76] أجل، لأنه مما يوزن، وأجاز تمرة بتمرتين، وجوزة بجوزتين، لأن ذلك مما لا يكال، إذ لا يتأتى فيه الكيل؛ وذهب سعيد بن المسيب إلى أنه لا ربا إلا في ذهب أو فضة، أو مما يوزن ويكال مما يؤكل ويشرب؛ فالعلة عنده في الربا: الطعم مع الكيل والوزن، وقد روي مثل هذا القول عن الشافعي رحمه الله وهو قول أبي ثور، فلا بأس عند سعيد بن المسيب

---

(٧٣) بالنسيئة: ح ٢ هـ، نسيئة: ت ح ١.
(٧٤) الصنف: ت ح ٢ هـ، الجنس: ح ١.
(٧٥) برطلين: ت هـ، برطل: ح ١، ممحوة في ح ٢.
(٧٦) أو إلى: ح ١، وإلى: ت ح ٢.

ومن ذهب مذهبه في بيع ما عدا الذهب والفضة، وما يوزن أو يكال مما يؤكل أو يشرب متفاضلاً يداً بيد ونسيئة، اتفق النوعان[٧٧] أو اختلفا.

فصــل

وهذه العلة أخذت من طريق النظر والاجتهاد، إذ لم ينص النبي ـ عليه السلام ـ على العلة في ذلك، ولا نبه عليها، ولذلك اختلف فيها، فهي مظنونة غير معلومة ولا مقطوع بها؛ والحكم بها عند من رآها علة بنظره واجتهاده معلوم مقطوع عليه.

فصــل

والأصل الذي منه استثار[٧٨] العلماء هذه العلل، هو ما صح الخبر به عن النبي ﷺ أنه نهى عن التفاضل في الصنف الواحد من ستة أشياء وهي: الذهب والفضة، والقمح والشعير، والتمر والملح. والآثار في ذلك كثيرة موجودة منها حديث عبادة ابن الصامت وغيره أن رسول الله ﷺ قال: «الذَّهَبُ بِالذَّهَب، وَالْوَرِق بِالْوَرِق، وَالْبُرُّ بِالبُرِّ، والشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمر، وَالْمِلْحُ بِالمِلْحِ مثْلاً بِمِثْل، يَداً بِيد؛ فَمَنْ زَادَ أَوْ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى، وَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدْ»[٧٩] وزاد بعض رواة الحديث: وَالبُرُّ بالشَّعير كيف شِئْتُم يَدَاً بِيَد وبعض الرواة يقول[٨٠] فيه: فَإِذَا اخْتَلَفَ الصِّنْفَان، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُم ـ يداً بيد. وهو مذهب عبادة بن الصامت راوي الحديث أن القمح والشعير صنفان، وإلى هذا ذهب الشافعي وجماعة من أهل العلم، واحتج بعض من ذهب إلى ذلك أيضاً بحديث مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحرثان النصري عن عمر بن الخطاب أنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الذَّهَبُ بالْوَرِقِ رِباً إلَّا هاءً وهاءً؛ والبُرُّ بِالبُرِّ رِباً إلَّا هاءً وهاءً،

(٧٧) النوعان: ح ١ ح ٢ هـ، الجنسان: ت.
(٧٨) منه استثار: ح ١ ح ٢ هـ، استثار منه: ت.
(٧٩) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه.
انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٣/٥٧١ ـ ٥٧٢.
(٨٠) يقول: ت ح ٢، يقولون: ح ١.

والتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِباً إلَّا هاءً وهاءً، والشَّعِيرُ بِالشَّعيرِ رِباً إلَّا هاءً وهاءً»[81]. ـ ففصل بين البر والشعير بواو فاصلة كما فصل بين البر والتمر.

فصــل

والذي ذهب إليه مالك وجميع أصحابه أن البر والشعير صنف واحد على ما روى في موطئه عن سعد بن أبي وقاص[82]، ومعيقب الدوسي[83]، لأن قوله في حديث عبادة بن الصامت **وَبِيعُوا الْبُرَّ بِالشَّعير كَيْفَ شِئْتُمْ** ـ زيادة لم يتَّفق عليها جميع رواته، فيحتمل أن يكون ذلك من قول الراوي قياساً على قول النبي ﷺ: **«فَإِذَا اخْتَلَفَ الصِّنْفَان فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدْ»**.

فصــل

فقاس مالك رحمه الله على القمح والشعير المذكورين في الحديث ما كان في معناهما من جميع الحبوب والطعام المقتات المدخر، وقاس على التمر ما كان في معناه من الطعام المدخر الذي يتفكه به في بعض الأحوال ويتقوت به في بعض الأحوال كالزبيب والجوز واللوز وما أشبه ذلك؛ وقاس على الملح المذكور في الحديث ما كان في معناه من الطعام المدخر لإصلاح القوت، كالتوابل والبصل والثوم وما أشبه ذلك.

فصــل

وأما الذهب والفضة فلم يقس عليهما شيئاً من العروض التي تكال أو توزن، لأن العلة عنده في منع التفاضل في كل واحد منهما، هي أنهما أثمان للأشياء وقيم للمتلفات، فهي علة واقفة لا تتعدى إلى ما سواهما[84]. وكذلك الشافعي لم يقس على الذهب والورق شيئاً من العروض المكيلة والموزونة، وقاس على البر والشعير والتمر والملح ـ جميع الطعام ـ كان مدخراً مقتاتاً أو لم يكن، لأنه رأى العلة في

---

(٨١) انظر الموطأ رواية يحيى ص ٤٣٩، حديث (١٣٢٧).

(٨٢) الموطأ ص: ٤٤٦ ـ حديث (١٣٣٩).

(٨٣) نفس المصدر حديث (١٣٤١).

(٨٤) سواهما: ت ح ٢ هـ، سواها: ح ١.

المنع من التفاضل في ذلك، هو الطعم بانفراده؛ وأما أبو حنيفة وأصحابه، فقاسوا على البر والشعير والتمر والملح ـ جميع ما يكال من الطعام والعروض، لأن ذلك كله يجمعه الكيل، وهي العلة عنده في منع التفاضل في ذلك؛ وقاسوا على الذهب والفضة جميع ما يوزن من الطعام والعروض، لأن ذلك كله يجمعه الوزن، وهي العلة عنده في منع التفاضل في ذلك.

فصـــل

والقياس على الذهب والفضة لا يصح، لأنهم قد أجمعوا أنه لا بأس أن يشترى بالذهب والفضة جميع الأشياء التي تكال أو توزن يداً بيد ونسيئة، فيلزم من قياس الحديد والرصاص وما أشبه ذلك مما يوزن على الذهب والفضة، كما قاس ما يكال من الطعام على البر والشعير والتمر والملح، أن لا يجيز شراء الحديد والرصاص بالذهب والفضة نسيئة، كما لا يجيز شراء الحمص والعدس بالقمح والشعير نسيئة، وقد أجمع الناس على إجازة ذلك، وقاس سعيد بن المسيب على القمح والشعير والتمر والملح المذكور في الحديث المكيل والموزون من الطعام خاصة، وشذ داود وأهل الظاهر فلم يروا الربا إلا في أربعة أشياء التي نص النبي ﷺ عليها، واحتجوا لإجازة التفاضل فيما سوى ذلك بعموم قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾.

فصـــل

فالطعام على مذهب مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم ينقسم على أربعة أقسام: طعام يدخر[٨٥] ويقتات به أو يصلح القوت. وهو أصل للمعاش غالباً، وطعام يدخر ويقتات به أو يصلح القوت وليس بأصل للمعاش غالباً، وطعام يدخر نادراً، وطعام لا يدخر أصلاً، فأما ما يدخر ويقتات[٨٦]، أو يصلح القوت وهو أصل للمعاش غالباً، فإن التفاضل في الصنف الواحد منه لا يجوز باتفاق في المذهب، وأما ما يدخر ويقتات به وليس[٨٧] بأصل للمعاش غالباً مثل الجوز واللوز والجلوز

(٨٥) يدخر: ت ح ٢، لا يدخر ـ بزيادة (لا): ح ١.
(٨٦) ويقتات أو: ح ١ ح ٢، ويقتات به أو: ح ١.
(٨٧) بأصل: ح ١ ح ٢، أصلاً: ت.

وما أشبه ذلك، فاختلف قول مالك رحمه الله وأصحابه في إجازة التفاضل في الصنف الواحد منه.

فصل

وعلى هذا الاختلاف اختلف[88] المعللون في تحرير العلة، فزاد في صفة علة الربا أصلاً للمعاش غالباً من أجاز التفاضل في ذلك، وكان شيخنا الفقيه ابن رزق[89] - رحمه الله - يذهب إلى أن ذلك المذهب في المدونة، وليس ذلك عندي ببين منها، واقتصر في صفة العلة على قوله مطعوماً مدخراً مقتاتاً ولم يزد فيه أصلاً للمعاش غالباً من منع التفاضل في ذلك، هو نص قول مالك رحمه الله في موطئه[90]، وقول ابن حبيب في الواضحة، وهو الظاهر عندي من المدونة، وعلى هذا المعنى يأتي اختلاف قول مالك في إجازة التفاضل في البيض، والاختلاف في إجازة التفاضل في التين، لأنهما يدخران وليسا بأصل للمعاش غالباً، وأما ما كان من الأطعمة يدخر نادراً، فالتفاضل في الصنف الواحد منه جائز على مذهب مالك رحمه الله وأكثر أصحابه كالخوخ والكمثرى وما أشبه ذلك؛ وأما ما كان منهما[91] لا يدخر أصلاً، فالتفاضل في الصنف الواحد منه[92] جائز على مذهب مالك رحمه الله وجميع أصحابه.

فصل

وأما بيع الطعام بالطعام نسيئة، أو بيعه قبل استيفائه، فلا يجوز بحال اتفقت أصنافه أو اختلفت، كان مما يدخر أو مما لا يدخر، والله ولي التوفيق برحمته.

---

(88) اختلف: ت ح ٢، اختلاف: ح ١.

(89) أبو جعفر أحمد بن محمد بن رزق القرطبي الأموي شيخ الفتوى في عصره، تتلمذ له القرطبيون - في مقدمتهم ابن رشد، وكان حافظاً ذاكراً مشاوراً. (ت ٤٧٧ هـ).
انظر الصلة ١/٦٨ - ٦٩، وبغية الملتمس ص ١٥٦، والديباج ١/١٨٢ - ١٨٣، تحقيق الأحمدي وشجرة النور ص ١٢١.

(90) انظر الموطأ رواية يحيى ص ٤٣٥.

(91) كلمة (منهما) ساقطة في ح ١، ثابتة في ت ح ٢.

(92) فالتفاضل في الصنف الواحد منه: ت ح ٢، فالتفاضل فيه: ح ١.

كتاب بيوع الآجال(١)

أصل ما بني عليه هذا الكتاب الحكم بالذرائع(٢)، ومذهب مالك رحمه الله القضاء بها والمنع منها، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور؛ ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة ويتوصل بها إلى استباحة الربا، وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة دينار إلى أجل ثم يبتاعها بخمسين نقداً، فيكونان قد توصلا بما أظهراه من البيع الصحيح إلى سلف خمسين ديناراً في مائة إلى أجل، وذلك حرام لا يحل ولا يجوز؛ وأباح الذرائع الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما، والصحيح ما ذهب إليه مالك رحمه الله تعالى ومن قال بقوله؛ لأن ما جر إلى الحرام وتطرق به إليه حرام مثله؛ قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾(٣)، فنهى تبارك وتعالى عن سب آلهة الكفار، لئلا يكون ذلك ذريعة وتطرقا إلى سب الله تعالى؛ وقال تعالى: ﴿يا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انْظُرْنَا وَاسْمَعُوا﴾(٤)، فنهى عزَّ وجلَّ عباده المؤمنين أن يقولوا للنبي ﷺ راعنا، وهي كلمة صحيحة معروفة في لغة العرب،

---

(١) كتاب بيوع الآجال: ت ح ٢، كتاب بيوع الأجل بسم الله الرحمان الرحيم وصلّى الله على سيدنا محمد وآله: ح ١.

(٢) أطال ابن القيم في هذا الباب وأوصل مسائله إلى (٩٩) مسألة: إعلام الموقعين ١٤٧/٣ ـ ١٧١، وانظر موافقات الشاطبي ١٩٨/٤ ـ ٢٠١.

(٣) الآية: ١٠٨ ـ سورة الأنعام.

(٤) الآية: ١٠٤ ـ سورة البقرة.

معناها أرعني[٥] سمعك وفرغه لي لتعي قولي وتفهم عني؛ لأنها كلمة سب عند اليهود، فكانت تسب بها النبي ﷺ - في أنفسها؛ فلما سمعوها من أصحاب النبي ﷺ فرحوا بها، واغتنموا أن يعلنوا بها للنبي ﷺ ويظهروا سبه فلا يلحقهم في إظهاره شيء. فأطلع الله نبيه والمؤمنين على ذلك، ونهى عن الكلمة، لئلا يكون ذلك ذريعة لليهود إلى سب النبي ﷺ[٦]، وقد تُؤولت الآية على غير هذا، وهذا أظهر ما قيل فيها. وقال الله تبارك وتعالى: ﴿ **وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ** ﴾، وقال: ﴿ **وَاسْئَلْهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ التِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ، إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعاً وَيَوْمَ لاَ يَسْبِتُونَ لاَ تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبْلُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُون** ﴾[٨] وجه الدليل من هذه الآيات على وجوب المنع من الذرائع: أن الله حرم على اليهود الاصطياد يوم السبت ابتلاء لهم، وذلك أن اليهود قالوا لموسى حين أمرهم بالجمعة وأخبرهم بفضلها كيف تأمر بالجمعة وتفضلها على سائر الأيام والسبت أفضل الأيام كلها، لأن الله تعالى خلق السموات والأرض والأوقات[٩] في ستة أيام وسبت له كل شيء مطيعاً يوم السبت، فقال الله عزَّ وجلَّ لموسى دعهم وما اختاروه ولا يصيدون فيه سمكاً ولا غيره ولا يعملون فيه شيئاً، فكانت الحيتان تأتيهم يوم اللسبت شارعة ظاهرة كما قال الله تعالى وتغيب عنهم سائر الأيام فلا يصلون إليها إلا بالاصطياد والعناء، فكانوا يسدون عليها المسالك يوم السبت ويأخذونها في سائر الأيام، ويقولون لا نفعل الاصطياد الذي نهينا عنه في يوم السبت، وإنما نفعله في غيره، فعاقبهم الله على فعلهم ذلك، لأنه ذريعة للاصطياد الذي نهوا عنه وإن لم يكن اصطياداً على الحقيقة - بأن مسخهم قردة وخنازير - كما أخبر تعالى في كتابه، وقال رسول الله ﷺ

---

(٥) أرعني: ح ١، أرعنا: ت ح ٢ هـ.

(٦) انظر تفسير القرطبي ٢/٥٧.

(٧) الآية: ٦٥ - سورة البقرة.

(٨) الآية: ١٦٣ - سورة الأعراف.

(٩) الأقوات: ح ١ ح ٢ هـ، الأوقات: ت.

لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا[١٠] أثمانها[١١]. وجعل ﷺ شراء الصدقة بالثمن كالعودة فيها بغير ثمن فقال لعمر بن الخطاب في الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله فأراد شراءه لما أضاعه صاحبه وأراد بيعه **لَا تَبْتَعْهُ وَلَا تَعُدْ فِي صَدَقَتِك، فَإِنَّ الْعَائِد فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْب يَعُود فِي قَيْئِه**[١٢] وقال ﷺ في ابن وليدة زمعة لعبد بن زمعة: **هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بْن زَمْعة فَأَلْحِقْهُ بِأَبِيهِ زَمْعَة، وَقَالَ الْوَلَدُ لِلْفراش وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**[١٣] وقال لأخته سودة بنت زمعة زوجته **احْتجبي مِنْهُ** لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص فأعمل ﷺ الشبهة وحكم لها بحكم اليقين، فمنع بها من صلة الرحم وهو ﷺ إنما بعث بصلة الأرحام قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **وَاتَّقُوا اللَّهَ الذِي تَسَّاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ** ﴾[١٤] أي الأرحام[١٥] أن تقطعوها.

فصــل

وأبواب الذرائع في الكتاب والسنة يطول ذكرها ولا يمكن حصرها من ذلك قول النبي ﷺ **«دَعْ مَا يَرِيبُكَ إلى مَالَا يَرِيبُكَ»**[١٦]، وقوله **الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُما أُمورٌ مُشْتَبِهَات**[١٧] **فَمَنْ اتَّقى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرأ**[١٨] لدينه، **وَمَنْ وَقَعَ في الشُّبُهَات، كان كالواقع حوْلَ الْحمى يُوشِكُ أنْ يَقعَ**[١٩] فيه، وقال[٢٠] **ألا لِكُلِّ مَلِك حِمى وإنَّ حِمَى الله مَحَارِمُهُ وَمَنْ حامَ حَوْلَ الحِمى يُوشِكُ أنْ يَقع فِيه**[٢١] والربا أحق ما حميت مراتعه ومنع

(١٠) أثمانها: ت ح ٢، ثمنها: ح ١.
(١١) حديث متفق عليه.
(١٢) أخرجه مسلم والترمذي وابن ماجه.
(١٣) حديث متفق عليه.
(١٤) الآية ١ من سورة النساء.
(١٥) الأرحام: ح ١، الرحم: ت.
(١٦) رواه أحمد من حديث أنس. انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٥٢٨/٣.
(١٧) مشتبهات: ت ح ٢، متشابهات: ح ١.
(١٨) في ت (فقد استبرأ) - بزيادة (قد).
(١٩) يقع: ح ١ ح ٢، يرتع: ت.
(٢٠) وقال: ألا لكل ملك حمى: ح ١ ح ٢، ألا لكل ملك حمى - بإسقاط (وقال): ل.
(٢١) أخرجه الشيخان البخاري ومسلم من حديث النعمان بن بشير. =

منها، لئلا يستباح الربا بالذرائع؛ وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان من[22] آخر ما أنزل الله على رسوله آية الربا فتوفي رسول الله ﷺ ولم يفسرها فدعوا الربية والريبة. وأيضاً فإن مراعاة التهمة أصل يبنى الشرع عليه، قال رسول الله ﷺ «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا ظِنِّينٍ وَلَا جَارٍ إلى نَفْسِهِ»[23]، ولم يجز أهل العلم شهادة الأب لابنه، ولا شهادة الابن لأبيه من طريق التهمة ومنه منعوا القاتل عمداً الميراث[24] وورثوا المبتوتة في المرض، ومثل هذا كثير.

فصــل

فإذا باع الرجل من الرجل سلعة بنقد ثم اشتراها منه بدين أو باعها منه بدين ثم اشتراها منه بنقد، أو باعها منه بدين ثم اشتراها منه بدين أو باعها منه بنقد ثم اشتراها منه بنقد. وقد غاب على النقد، فإنك تنظر في هذا إلى الذي أخرج دراهمه أولاً، فإن كان رجع إليه مثلها أو أقل فذلك جائز وإن رجع إليه أكثر منها نظرت فإن كانا من أهل العينة أو أحدهما لم يجز ذلك بحال ـ كانت البيعة الأولى بالنقد أو بالنسيئة؛ وإن لم يكونا من أهل العينة جاز أن كانت البيعة الأولى بالنقد، ولم يجز إن كانت بالنسيئة؛ وذلك أن أهل العينة يتهمون فيما لا يتهم فيه أهل الصحة لعملهم[25] بالمكروه؛ من ذلك أن يبيع الرجل من أهل العينة طعاماً أو غيره بخمسة نقداً وخمسة إلى أجل إذا كان ذلك إنما يبتاعه لبيع، وذلك جائز لغير أهل العينة ومن ذلك أن يبيع الرجل من أهل العينة طعاماً أو غيره بثمن إلى أجل ثم يستوضعه المبتاع من الثمن فيضع عنه، فإن مالكاً وغيره من أهل العلم كرهوا ذلك، لأنه إنما يبيعه

= انظر الأربعين النووية بشرح الشبرخيتي ص ١٢٠.

(٢٢) كلمة (من) ساقطة في ح ١.

(٢٣) أخرجه الحاكم والبيهقي من حديث أبي هريرة ـ بلفظ: لا تجوز شهادة ذي الظنة. انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٣٩١.

(٢٤) عمداً الميراث: ح ١ ح ٢، عمداً من الميراث: ت.

(٢٥) لعلمهم: ح ٢ هـ، لعملهم: ت ح ١.

على المراوضة، فإنما يضع عنه ويرده إلى ما كان راوضه عليه، فصار البيع الذي عقداه تحليلاً للربا الذي قصداه؛ وتفسير هذا أن يأتي الرجل إلى الرجل من أهل العينة فيقول له أسلفني ذهباً في أكثر منها إلى أجل، فيقول له أسلفك درهماً في اثنين إلى أجل، فيقول له لا أعطيك في الدرهم إلا درهماً وربعاً، فيتراوضان ويتفقان على أن يربح معه في الدرهم نصف درهم، ثم يقول له هذا لا يحل ولكن عندي سلعة قيمتها مائة درهم أبيعها منك بمائة وخمسين إلى شهر، فتبيعها أنت بمائة فيتم لك مرادك فيرضى بذلك ويأخذ السلعة منه ويبيعها[٢٦] بثمانين ثم يرجع إليه فيقول له إني قد وضعت في السلعة وضيعة كثيرة فحط عني من المائة والخمسين ما يجب للعشرين التي وضعتها في السلعة، فيضع عنه ثلاثين تتميماً للمراوضة التي عقدا بيعهما عليها، فيئول أمرهما إلى أن أسلم إليه[٢٧] ثمانين في مائة وعشرين، فهذا وجه كراهية مالك رحمه الله للوضيعة في هذه المسئلة.

فصـــل

وفي شراء الرجل السلعة التي باعها بثمن إلى أجل من مبتاعها منه بثمن من جنس الثمن الذي باعها منه به ـ سبع وعشرون مسئلة، وذلك أنه قد يشتريها نقداً أو إلى أجل دون الأجل الذي باع إليه بمثل ذلك الثمن، أو بأقل منه أو بأكثر، فهذه ثلاث مسائل، وقد يشتريها إلى مثل ذلك الأجل بمثل ذلك الثمن أو بأقل منه أو بأكثر، فهذه ست مسائل؛ وقد يشتريها إلى أبعد من ذلك الأجل بمثل ذلك الثمن، فهذه تسع مسائل؛ وقد يشتريها وزيادة معها بمثل ذلك الثمن أو أقل منه أو أكثر نقداً أو إلى ذلك الأجل أو إلى أبعد منه، فهذه تسع أخر، وقد يشتري بعضها بمثل ذلك الثمن أو أقل منه أو أكثر نقداً أو إلى ذلك الأجل أو إلى أبعد منه، فهذه تسع أخر تتمة سبع وعشريـن مسئلة كما ذكرنا؛ فأما إلى ذلك الأجل فيجوز بكل حال اشتراها كلها أو بعضها أو اشتراها وزيادة معها بمثل الثمن أو أقل أو أكثر، لأن الحكم يوجب المقاصة إذا اتفقت الآجال وإن لم يشترطاها فترتفع التهمة بذلك في جميع

---

(٢٦) ويبيعها: ح ١ ح ٢ هـ، فيبيعها: ت.

(٢٧) إليه: ح ٢ هـ، له: ح ١، عليه: ت.

الوجوه، وأما بالنقد أو إلى أجل دون ذلك الأجل، فإن كان اشتراها أو بعضها فيجوز بمثل الثمن أو أكثر، ولا يجوز بأقل وإن كان اشتراها وزيادة عليها، فلا يجوز بمثل الثمن ولا بأقل منه ولا بأكثر، وأما إلى أبعد من ذلك الأجل، فإن كان اشتراها وحدها أو اشتراها وزيادة عليها، فيجوز بمثل الثمن، أو أقل منه ولا يجوز بأكثر منه، وإن كان اشترى بعضها، فلا يجوز على حال لا بمثل الثمن ولا بأقل ولا بأكثر.

فصـــل

وسواء غاب على السلعة أو لم يغب عليها، لأنها تعرف بعينها بعد الغيبة عليها، وإنما يفترق ذلك في الطعام والمكيل والموزون من العروض، لأن ذلك لا يعرف بعينه إذا غيب عليه فيتفرع ذلك فيما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه إلى أربع وخمسين مسئلة، وذلك أنها تنحصر في التقسيم إلى تسعة أقسام لا زيادة فيها، إذ لا يخلو أن يبتاع منه طعاماً بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر أو طعامه وزيادة عليه بمثل الثمن أيضاً أو بأقل أو بأكثر، أو بعض طعامه بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر؛ فهذه تسعة أقسام، وكل قسم منها ينقسم إلى قسمين، أحدهما أن يكون قد غاب على الطعام، والثاني أن يكون لم يغب عليه؛ فهذه ثمانية عشر قسماً لا زيادة فيها، كل قسم منها ينقسم على ثلاثة أقسام، أحدها أن يبتاع ذلك بنقد أو إلى أجل دون ذلك الأجل، والثاني أن يبتاعه إلى ذلك الأجل بشرط المقاصة أو بسكوتهما عن الشرط، إذ يوجب ذلك الحكم. والثالث أن يبتاعه إلى أبعد من ذلك الأجل، فهذه أربع وخمسون مسئلة ـ كما ذكرنا ثمان عشرة مسئلة في الشراء بالنقد أو إلى أجل دون الأجل، وثمان عشرة مسئلة في الشراء إلى ذلك الأجل على المقاصة، فهذه ستة وثلاثون مسئلة، وثمان عشرة مسئلة في الشراء، إلى أبعد من ذلك الأجل؛ فأما الستة والثلاثون مسئلة المتحصلة في الشراء بالنقد أو إلى ذلك الأجل بعينه، فمنها خمس عشرة مسئلة لا تجوز باتفاق، ومسئلة تجوز على اختلاف، وسائرهن[٢٩] يجوز باتفاق.

---

(٢٨) كلمة (ذلك) ساقطة في ت.

(٢٩) وسائرهن: ح ١ هـ، وسائر المسائل: ت، وسائرها: ح ٢.

فصــل

ويعتبر الجائز منها من الفاسد بوجهين، أحدهما أن يشتري منه أكثر مما باع من الطعام، والثاني أن يشتري منه بأقل من الثمن الذي باع به الطعام؛ فهذان الوجهان لا يجوزان نقداً، ويجوزان مقاصة ـ إن كان لم يغب على الطعام، ولا يجوزان نقداً ولا مقاصة إن كان غاب عليه، يجوز له أن يشتري طعامه[٣٠] وزيادة شيء من الأشياء عليه بمثل الثمن ولا بأكثر منه ولا بأقل منه نقداً ـ وإن كان لم يغب على الطعام، ولا نقداً ومقاصة إن كان غاب عليه، ولا يجوز له أن يشتري منه الطعام الذي باعه منه بعينه ولا بعضه، ولا أن يشتريه وزيادة عليه، وإن كان لم يغب عليه بأقل من الثمن نقداً ولا نقداً ومقاصة إن كان غاب عليه، ويجوز سائر الوجوه نقداً ومقاصة حاشا المسئلة التي ذكرنا أنها تجوز على اختلاف ـ وهي أن يبتاع منه بمثل الثمن أقل من الطعام مقاصة؛ فإن قول مالك ـ رحمه الله تعالى ـ اختلف في ذلك

فصــل

وأما الثمان عشرة مسئلة المتحصلة من شراء ذلك إلى أبعد من الأجل، فمنها ثلاث عشرة مسئلة لا تجوز باتفاق، ومسئلة تجوز على اختلاف، وسائرها ـ وهي أربع تجوز باتفاق، ويعتبر الجائز منها من الفاسد بوجهين أيضاً، (أحدهما) أن يشتري منه أقل من الكيل، (والثاني) أن يشتري منه بأكثر من الثمن، فهذان الوجهان لا يجوزان غاب على الطعام أو لم يغب، وسائر الوجوه تجوز ـ إن لم يغب على الطعام، ولا تجوز إن غاب عليه حاشا المسئلة المختلف فيها ـ وهي أن يشتريه منه وقد غاب عليه بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل، فيجوز ذلك على مذهب ابن القاسم، ولا يجوز على مذهب ابن الماجشون؛ والعلة في ذلك أسلفني وأسلفك، لأن أمرهما آل[٣١] إلى ذلك، فكرهه ابن الماجشون ولم يجزه، وخففه ابن القاسم ولم يتهمهما في ذلك[٣٢].

(٣٠) طعامه: ت ح ٢، طعاماً: ح ١.
(٣١) آل: ت ح ٢ هـ يقول: ح ١.
(٣٢) في ذلك: ت ح ٢ هـ، على ذلك: ح ١.

فصــل

في تنزيل الخمس عشرة مسئلة التي لا تجوز من الستة والثلاثين مسئلة المتحصلة في الشراء بالنقد وإلى ذلك الأجل وتبيين عللها، (إحداها) أن يبتاع منه مثل طعامه وقد غاب عليه بأقل من الثمن نقداً، مثال ذلك أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم إلى شهر، ثم يبتاع منه بعد أن غاب على الطعام عشرة أرادب بخمسة دراهم نقداً، فهذا لا يجوز، لأن البائع الأول وهو المبتاع الثاني يدفع إلى المبتاع الأول خمسة دراهم نقداً ويأخذ منه عشرة دراهم إذا حل الأجل ـ وقد دفع إليه عشرة أرادب فغاب عليها وانتفع بها ثم رد إليه مثلها، فكأنه أسلم إليه خمسة دراهم في عشرة أرادب[٣٣] إلى أجل وأسلفه عشرة أرادب قرض بسبب ذلك، فيدخله سلف دراهم في أكثر منها إلى أجل، ودراهم وطعام في دراهم أكثر منها إلى أجل وطعام، وذلك ما لا يحل ولا يجوز، فيتهمان على أنهما قصدا إلى ذلك وتحيلا إلى إجازته بما أظهرا من البيعتين الصحيحتين (والثانية) أن تكون المسئلة بحالها، إلا أنه قاصه بالخمسة دراهم من العشرة ولم ينقده إياها فلا يجوز أيضاً، لأن أمرهما آل إلى أن أسلفه عشرة أرادب فانتفع بها ثم رد إليه مثلها على أن يعطيه المسلف خمسة دراهم إذا حل الأجل ثمناً لانتفاعه بالسلف، وقد نهى رسول الله ﷺ عن سلف جر نفعاً وذلك أيضاً مضارع لربا الجاهلية المحرم بالقرآن إما تقضي وإما أن تربي فيتهمان على القصد إلى ذلك والتحيل لإجازته[٣٤] بما أظهرا من البيعتين الصحيحتين (والثالثة) أن تكون المسئلة بحالها إلا أنه لم يغب على الطعام فيستوفيه منه بعينه بخمسة دراهم نقداً فلا يجوز أيضاً لأن أمرهما آل إلى أن دفع المبتاع الثاني إلى المبتاع الأول خمسة دراهم في عشرة دراهم إلى أجل والطعام رجع إليه بعينه فكان لغواً[٣٥]، (والرابعة) أن يشتري منه أكثر من طعامه وقد غاب عليه بمثل الثمن نقداً مثال ذلك أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم إلى أجل فيغيب على الطعام ثم يبتاع منه عشرين إردباً بعشرة دراهم نقداً فهذا لا يجوز وتدخله الزيادة في السلف

(٣٣) كلمة (أرادب) ساقطة في ت.
(٣٤) لإجازته: ح ١ ح ٢، إلى إجازته: ت.
(٣٥) لغواً: ح ١ ح ٢، لهواً: هـ، نقداً: ت.

ودراهم وطعام في دراهم وطعام إلى أجل، لأن أمرهما آل إلى أن دفع البائع الأول إلى المبتاع الأول عشرة أرادب وعشرة دراهم نقداً في عشرين إردباً وعشرة دراهم إلى أجل فيتهمان على القصد إلى ذلك. (والخامسة) أن تكون المسئلة بحالها إلا أنه قاصه بالعشرة دراهم من العشرة ولم ينقده إياها فهذا لا يجوز وتدخله الزيادة في السلف، لأنه دفع إليه عشرة أرادب فانتفع بها ثم رد إليه عشرين إردباً والثمن بالثمن ملغى، لأنه مقاصة فيتهمان على القصد إلى ذلك. (والسادسة) أن تكون المسئلة بحالها إلا أنه لم يغب على الطعام فيشتريه منه بعينه وعشرة أرادب أخرى بعشرة دراهم نقداً فهي لا تجوز أيضاً ويدخله الزيادة في السلف لأنه دفع إليه عشرة دراهم نقداً ويأخذ منه عشرة دراهم إذا حل الأجل فكأنه أسلفه إياها على أن يزيده عشرة أرادب من طعام، لأن العشرة التي باع منه رجعت إليه بأعيانها فكانت ملغاة. (والسابعة) أن يشتري منه أكثر من طعامه بعد أن غاب عليه بأقل من الثمن نقداً. مثال ذلك أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم إلى أجل ثم يبتاع منه بعد أن غاب على الطعام عشرين إردباً بالخمسة دراهم نقداً، فهذا لا يجوز أيضاً ويدخله الزيادة في السلف ودراهم وطعام بدراهم وطعام إلى أجل لأن البائع الأول دفع إلى المبتاع الأول عشرة أرادب فانتفع بها ورد إليه عشرين إردباً، ودفع إليه أيضاً خمسة دراهم نقداً، على أن يأخذ منه ـ إذا حل الأجل ـ عشرة دراهم فيتهمان على القصد إلى ذلك (والثامنة) أن تكون المسئلة بحالها إلا أنه قاصه بالخمسة دراهم من العشرة الدراهم ولم ينقده إياها فهذا لا يجوز وتدخله الزيادة في السلف لأن أمرهما آل إلى أن دفع إليه عشرة أرادب فانتفع بها ثم أخذ منه عشرين اردباً ويأخذ منه أيضاً خمسة دراهم إذا حل الأجل وتسقط خمسة بالمقاصة فكأنه أقرضه عشرة أرادب على أن يرد إليه فيها عشرين إردباً وخمسة دراهم (والتاسعة) أن تكون المسئلة بحالها إلا أنه لم يغب على الطعام فيبتاعه منه بعينه وعشرة أرادب معه بخمسة دراهم[36] نقداً فهذا لا يجوز وتدخله الزيادة في السلف لأن أمرهما آل إلى أن دفع إليه خمسة دراهم نقداً في عشرة دراهم إلى أجل وعشرة أرادب نقداً لأن

(٣٦) دراهم: ح ١ ح ٢ هـ، أرادب: ت.

العشرة الأرادب التي باع منه رجعت إليها بأعيانها فكانت ملغاة. (والعاشرة) أن يشتري منه أكثر من طعامه بعد أن غاب عليه بأكثر من الثمن نقداً مثال ذلك أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم إلى أجل ثم يبتاع منه بعد أن غاب على الطعام عشرين إردباً بعشرين درهماً نقداً فيدخله البيع والسلف لأنه كان أقرضه العشرة الأرادب التي غاب عليها وعشرة دراهم من العشرين درهماً التي نقده إياها على أن يبتاع منه العشرة الأرادب الزائدة في الطعام بالعشرة الدراهم الزائدة في الثمن. (والحادية عشرة) أن تكون المسئلة بحالها إلا أنه قاصه من العشرين درهماً بعشرة دراهم في العشرة[37] التي له عليه من ثمن الطعام ولم ينقده إلا عشرة دراهم فهذا لا يجوز ويدخله البيع والسلف أيضاً لأنه كأنه أقرضه العشرة الأرادب التي غاب عليها على أن يبتاع منه العشرة الأرادب الزائدة في الطعام بالعشرة الدراهم الزائدة في الثمن. (والثانية عشرة) أن تكون المسئلة بحالها إلا أنه لم يغب على الطعام فيشتريه منه بعينه وعشرة أرادب معه بعشرين درهماً نقداً، فهي لا تجوز أيضاً، ويدخله البيع والسلم أيضاً، لأنه كأنه أقرضه عشرة دراهم من العشرين درهماً يأخذها منه إذا حل الأجل على أن باع منه العشرة الأرادب الزائدة على الطعام بالعشرة الدراهم الزائدة على الثمن والعشرة الأرادب التي رجعت إليه بأعيانها ملغاة كأن[38] لم تكن. (والثالثة عشرة) أن يبتاع منه أقل من الطعام بعد أن غاب عليه بأقل من الثمن نقداً ومثالها أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم إلى أجل وطعام ثم يبتاع منه بعد أن غاب على الطعام خمسة أرادب بخمسة دراهم نقداً يدخلها بيع طعام بطعام وذهب بذهب إلى أجل وطعام ويدخلها أيضاً البيع والسلف لأن الخمسة الأرادب التي رجعت إلى البائع كأنه سلف أسلفه إياه فالخمسة الدراهم التي دفع[39] الآن نقداً كأنها سلف أيضاً يقتضيه إذا حل الأجل والخمسة أرادب التي بقيت عند المبتاع الأول للبائع أخذ منه فيها الخمسة الدراهم الزائدة على نقده، فكأن البائع الأول أسلف المبتاع الأول خمسة أرادب وخمسة دراهم

---

(٣٧) العشرة التي: ح ١ ح ٢، العشرة دراهم التي: ت.

(٣٨) كأن: ح ١ ح ٢ هـ، كأنه: ت.

(٣٩) دفع الآن: ح ١ ح ٢، دفع إليه الآن ـ بزيادة (إليه): ت هـ.

على أن باع منه خمسة أرادب بخمسة دراهم وذلك ما لا يحل ولا يجوز. (والرابعة عشرة) أن تكون المسئلة بحالها إلا أنه قاصه بخمسة دراهم في خمسة من العشرة التي له[٤٠] عليه ولم ينقده إياها يدخلها[٤١] البيع والسلف، لأنه كان أسلفه الخمسة الأرادب التي غاب عليها ثم ردها إليه وباعه الخمسة الأرادب الأخرى بالخمسة الدراهم التي يأخذها منه عند حلول الأجل وسقطت خمسة[٤٢] بخمسة مقاصة. (والخامسة عشرة) أن تكون المسئلة بحالها أيضاً إلا أنه لم يغب على الطعام فيبتاع منه بعينه خمسة أرادب بخمسة دراهم يدخلها دراهم وطعام بدراهم إلى أجل، لأنه كأنه باعه الخمسة دراهم التي دفع إليه نقداً والخمسة الأرادب بالعشرة الدراهم التي يأخذها منه عند الأجل، والخمسة الأرادب الأخرى رجعت إليه بأعيانها، فكانت ملغاة، وأما المسئلة المختلف فيها، وهي أن يشتري منه أقل من الطعام وقد غاب عليه بمثل الثمن مقاصة، ومثالها أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم إلى أجل، ثم يبتاع منه بعد أن غاب على الطعام خمسة أرادب بعشرة دراهم مقاصة بالعشرة دراهم التي وجبت له عليه من ثمن الطعام، فيدخلها اقتضاء الطعام من ثمن الطعام، لأنه باع منه عشرة أرادب ثم أخذ منه في ثمنها خمسة أرادب، فمرة كرهها مالك رضي الله عنه ورأى أن الخمسة الأرادب ثمن العشرة الأرادب، كأنه أعطاه خمسة أرادب على أن يضمن له الخمسة الأخرى إلى أجل، ومرة استخف ذلك ورأى أن التهمة بعيدة، لأن القصد إلى مثل هذا قليل من الناس.

فصـــل

في بيان الثلاث عشرة مسئلة التي لا تجوز من الثمان عشرة مسئلة المتحصلة في الشراء إلى أبعد من الأجل وتبيين عللها، (إحداها) أن يشتري منه أقل من الكيل بمثل الثمن بعد أن غاب على الطعام إلى أبعد من الأجل، ومثالها أن يبيع

(٤٠) كلمة (له) ساقطة في ح ٢ هـ، ثابتة في ت ح ١.
(٤١) يدخلها: ت ح ٢ هـ، يدخله: ح ١.
(٤٢) وسقطت خمسة: ت ح ٢ هـ، وسقطت عنه خمسة ـ بزيادة (عنه): ح ١.

منه عشرة أرادب بعشرة دراهم إلى شهر، فيدفع الطعام إليه ويغيب عليه ثم يبتاع منه ثمانية أرادب من صنف طعامه بعشرة دراهم إلى شهرين، فذلك لا يجوز وتدخله الزيادة في السلف، لأن الأمر آل بينهما إلى أن يدفع المبتاع الأول إلى البائع الأول عند انقضاء شهر عشرة دراهم، ويأخذها منه عند انقضاء شهرين - وقد دفع إليه البائع الأول عشرة أرادب فرد[٤٣] إليه منها ثمانية بعد أن غاب عليها وبقي عنده إردبان، فيعد ذلك سلفاً من كل واحد منهما لصاحبه - على أن زاد البائع الأول للمبتاع الثاني إردبين ويتهمان على القصد إلى ذلك والتحيل لإجازته بما أظهراه من البيعتين الصحيحتين في الظاهر (والثانية) أن تكون المسئلة على حالها[٤٤] إلا أنَّه لم يغب على الطعام يدخلها[٤٥] أيضاً الزيادة في السلف - كأن المبتاع الأول أسلف البائع الأول عشرة دراهم شهراً على أن يعطيه إردبين من طعام[٤٦] وهي التي بقيت عنده من الطعام الذي ابتاع[٤٧] منه وسائره رجع إليه بعينه فكان لغواً. (والثالثة) أن يشتري منه أقل من الكيل بأقل من الثمن بعد أن غاب على الطعام يدخلها البيع والسلف، لأن ما نقص من الكيل بما نقص من الثمن يمضي فيه البيع على أن أسلف[٤٨] كل واحد منهما صاحبه[٤٩] لغيبة المبتاع على الطعام. (والرابعة) أن تكون المسئلة على حالها إلا أن المبتاع لم يغب على الطعام يدخلها[٥٠] أيضاً البيع والسلف، لأن ما نقص من الكيل بما نقص من الثمن يمضي فيه البيع على أن أسلف المبتاع الأول للبائع الأول ثمانية دراهم عند شهر يأخذها منه عند انقضاء شهرين على ما نزلناه. (والخامسة) هي أن يشتري منه أقل من الكيل بأكثر من الثمن بعد أن غاب على الطعام يدخلها الزيادة في السلف، لأن

---

(٤٣) فرد: ت ح ٢ هـ، فيرد: ح ١.
(٤٤) على حالها: ت ح ٢ هـ، جمالها: ح ١.
(٤٥) يدخلها: ت ح ٢ هـ، ويدخله: ح ١.
(٤٦) طعام: ح ١ ح ٢، الطعام: هـ، طعامه: ت.
(٤٧) ابتاع: ح ١ ح ٢ هـ، ابتاعه: ت.
(٤٨) أسلف: ت ح ٢ هـ، يسلف: ح ١.
(٤٩) صاحبه: ت ح ٢ هـ، لصاحبه: ح ١.
(٥٠) يدخلها: ت ح ٢ هـ، فيدخلها: ح ١.

الأمر آل بينهما، إلى أن يدفع المبتاع الأول إلى البائع الأول عشرة دراهم عند شهر[٥١]، يأخذ منه اثنيْ عشر درهماً عند انقضاء شهرين على أن أسلفه البائع الأول ثمانية أرادب وأعطاه إردبين، لأن الطعام لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه، فيتهمان على القصد إلى ذلك. (والسادسة) أن تكون المسئلة[٥٢] على حالها، إلا أنه لم يغب على الطعام، يدخلها أيضاً سلم دراهم في أكثر منها إلى أجل بزيادة إردبين يأخذهما المبتاع الأول من الطعام الذي باع منه البائع الأول والثمانية الأرادب التي رجعت إليه بعينها لغو، ويدخل ذلك أيضاً بيع الطعام نقداً ودراهم إلى أجل بدراهم أكثر منها إلى أجل. (والسابعة) أن يشتري منه مثل الكيل بأكثر من الثمن بعد أن غاب على الطعام، يدخلها سلم دراهم في أكثر منها إلى أجل، لأن البائع الأول يأخذ من المبتاع الأول عشرة دراهم عند انقضاء الشهر ويدفع إليه اثني عشر درهماً عند انقضاء شهرين على أن أسلف البائع الأول عشرة أرادب، إذ لا يعرف الطعام بعينه بعد الغيبة عليه. (والثامنة) أن تكون المسئلة بحالها إلا أنه لم يغب على الطعام، يدخلها أيضاً سلم دراهم في أكثر منها إلى أجل، لأن البائع الأول يأخذ من المبتاع الأول عشرة دراهم عند شهر، ويدفع إليه اثني عشر درهماً عند شهرين، ورجع[٥٣] إليه طعامه بعينه فكان لغواً. (والتاسعة) هي أن يشتري منه أكثر من الكيل بأكثر من الثمن بعد أن غاب على الطعام، يدخلها البيع والسلف. لأن المبتاع الأول باع من البائع الأول على المثال الذي وصفناه: الإردبين اللذين زادهما على الطعام بالدرهمين اللذين يأخذهما منه زيادة على الثمن، على أن أسلف هذا هذا عشرة دراهم، وهذا هذا عشرة أرادب. (والعاشرة) أن تكون المسئلة على حالها إلا أنه لم يغب على الطعام، يدخلها أيضاً البيع والسلف، لأنهما تبايعا الزيادة على الطعام بالزيادة على الثمن على أن أسلف المبتاع الأول للبائع[٥٤] الأول عشرة دراهم شهراً والعشرة الأرادب التي دفع البائع رجعت إليه

---

(٥١) يأخذ: ت ح ٢ هـ، ويأخذ: ح ١.

(٥٢) على حالها: ت ح ٢، بحالها: ح ١.

(٥٣) ورجع: ت ح ٢ هـ، ويرجع: ح ١.

(٥٤) المبتاع الأول للبائع الأول: ت ح ٢ هـ، المبتاع للبائع الأول: ح ١.

بعينها فكانت لغواً. (والحادية عشرة) أن يشتري منه أكثر من الطعام بأقل من الثمن بعد أن غاب على الطعام يدخلها الزيادة في السلف، لأن الطعام لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه، فكأنه أسلفه عشرة أرادب فانتفع بها ثم رد إليه اثني عشر إردباً، ولو كان لم يغب على الطعام لكان جائزاً؛ لأن طعامه بعينه رجع إليه فلم يكن فيه سلف، وآل أمرهما إلى أن دفع المبتاع إلى البائع إردبين من طعام، ويدفع إليه أيضاً عشرة دراهم عند شهر ويأخذ منه ثمانية دراهم عند انقضاء شهرين فلا يتهم في مثل هذا أحد. (والثانية عشرة) أن يشتري منه أكثر من الكيل بمثل الثمن بعد أن غاب على الطعام يدخلها[٥٥] الزيادة في السلف، لأن الطعام لا يعرف بعينه إذا غيب[٥٦] عليه، فكأنه أسلفه عشرة أرادب فانتفع بها ثم رد إليه اثني عشر إردبا، ولو كان لم يغب على الطعام لكان جائزاً؛ لأن طعامه بعينه رجع إليه فلم يكن فيه سلف، وآل أمرهما إلى أن أسلف المبتاع البائع عشرة دراهم شهراً وأعطاه[٥٧] إردبين فيكون قد صنع معه معروفاً من وجهين[٥٨]. (والثالثة عشرة) أن يشتري منه مثل الكيل بأقل من الثمن بعد أن غاب على الطعام يدخلها أيضاً[٥٩] الزيادة في السلف لأن الطعام لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه، فكأن البائع أسلف المبتاع عشرة أرادب فانتفع بها ورد إليه مثلها على أن يدفع إليه المبتاع إذا حل الأجل دينارين ثمناً لما أسلفه، وثمانية دراهم تكون سلفاً عنده إلى حلول الأجل الثاني، ولو كان لم يغب على الطعام، لكان جائزاً؛ لأن طعامه بعينه رجع إليه فكان لغواً، ويدفع المبتاع إلى البائع عند الأجل عشرة دراهم، ويأخذ منه ثمانية دراهم عند الأجل الثاني فلا يتهم في هذا أحد، وأما المسئلة المختلف فيها وهي أن يشتري منه مثل الطعام بمثل الثمن بعد أن غاب على الطعام فيدخلها أسلفني وأسلفك فخفف ذلك ابن القاسم وكرهه ابن الماجشون؛ ولو لم يغب على الطعام لكان جائزاً، لأن

---

(٥٥) يدخلها: ح ١ ح ٢ هـ، ويدخلها: ت.

(٥٦) غيب: ت ح ٢ هـ، غاب: ح ١.

(٥٧) وأعطاه: ح ١ ح ٢، فأعطاه: ت.

(٥٨) وجهين: ت ح ٢، جهتين: ح ١ هـ.

(٥٩) يدخلها أيضاً الزيادة في السلف: ح ٢ هـ، يدخلها الزيادة في السلف أيضاً: ت ح ١.

الطعام بعينه رجع إليه فصار لغواً، وآل أمرهما إلى أن أسلف المبتاع البائع دراهم في مثلها إلى أجل وذلك جائز وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

فصل

وهذه المسائل التي قسمناها هذا التقسيم، وقع طرف منها في كتاب بيوع الآجال من المدونة[٦٠]، وجملة كثيرة في رسم حبل حبلة من كتاب السلم والآجال من العتبية[٦١] غير مشروحة بعللها، ولا موعبة بجميع وجوهها، وهي أصل في مسائل بيوع الآجال، من فهمها ووقف عليها، سهل عليه ما سواها، فلذلك عنيت بتحصيلها وتلخيصها[٦٢] وتقسيم وجوهها وتبيين عللها، وشرح معانيها، وما توفيقي إلا بالله.

فصل

فإذا باع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم ابتاعها منه بأقل من ذلك الثمن نقداً، فسخت البيعتان جميعاً عند ابن الماجشون، وهو الصحيح في النظر؛ ودليله من جهة الأثر قول عائشة رضي الله عنها في الحديث بئسما شريت وبئسما اشتريت؛ لأنها عابت البيعتين جميعاً، ولم يفسخ عند ابن القاسم إلا البيعة الأخيرة - إن كانت السلعة قائمة؛ واختلف إن فاتت[٦٣] قيل بحوالة الأسواق وهو مذهب سحنون، وقيل بالعيوب المفسدة وإليه ذهب أبو إسحاق التونسي وغيره من المتأخرين على ثلاثة أقوال، (أحدها) أنه يفسخ البيعتان جميعاً فلا يكون للبائع على المبتاع إلا الثمن الذي دفع إليه، وإلى هذا ذهب أبو إسحاق التونسي تأويلاً على ابن القاسم. (والثاني) أنه لا يفسخ إلا البيعة الأولى وتصحح الثانية بالقيمة، فإن كانت القيمة أكثر من الثمن الذي باعها به أولاً، قضي عليه بالقيمة، فإذا حل الأجل أخذ الثمن، إذ لا تهمة في ذلك؛ وإن كانت القيمة أقل من الثمن الذي باعها به أولاً، قضي عليه

(٦٠) انظر المدونة مج ٤ ج ١١٧/١٠ - ١٣٣.
(٦١) انظر العتبية بشرح البيان والتحصيل لابن رشد ج ١٥٧/٧ - ١٦٦.
(٦٢) بتحصيلها وتلخيصها: ت ح ٢ هـ، وبتلخيصها وتحصيلها: ح ١.
(٦٣) فات: ت ح ٢ هـ، في فوات: ح ١.

بالقيمة، فإذا حل الأجل، لم يكن له على المشترى الأول ـ أكثر من ذلك لئلا يكون قد دفع دنانير في أكثر منها فيتم الربا بينهما، وهذا يأتي على ما في سماع سحنون من كتاب السلم والآجال. (والثالث) أنه إن كانت القيمة أقل من الثمن فسخت البيعتان ولم يكن للبائع على المبتاع إلا الثمن الذي دفع إليه؛ وإن كانت أكثر من الثمن فسخت البيعة الثانية خاصة، وقضي عليه بالقيمة؛ فإذا حل الأجل أخذ الثمن؛ وإلى هذا ذهب عبد الحق تأويلاً على ابن القاسم وهو قول سحنون نصاً وفي حديث عائشة رضي الله عنها في بعض الروايات بئسما شريت أو بئسما اشتريت على الشك من المحدث[٦٤]، فعلى هذه الرواية لا يكون على ابن القاسم حجة من الحديث وإن كانت المبايعة المذكورة في الحديث وقعت بين أم ولد زيد ابن أرقم ومولاها وهي أم ولد قبل أن يبتل عتقها، فيأتي قول عائشة رضي الله عنها فيه على تحظير الربا بين العبد وسيده مع القول بتحريم الذرائع؛ وفعل زيد بن أرقم على إجازة ذلك أو استجازة الذرائع[٦٥]، وإن كانت المبايعة وقعت بينهما وقد بتل عتقها ففعل زيد بن أرقم على استجازة الذرائع؛ وكان شيخنا الفقيه ابن رزق يضعف حديث عائشة هذا، لقولها فيه أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ ـ إن لم يتب، لأنه خلاف ما جاء في القرآن من أن الحسنات يذهبن السيآت، وأن الأعمال لا تبطل إلا بالردة، لقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ** ﴾[٦٦]، وقوله: ﴿ **وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِه فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ** ﴾[٦٧]؛ وهذا لو جاز أن يحمل عن زيد ابن أرقم أنه عمل مع أُم ولده في الباطن بما أظهراه من البيعتين على أن يأخذ منها ستمائة دينار في ثمانمائة إلى أجل، وهذا ما لا يحل لمسلم أن يتأوله عليه، فالذي[٦٨] فعل لا إثم عليه فيه ولا حرج فيما بينه وبين خالقه عند أحد من الأئمة،

---

(٦٤) الحدث فعلى: ت ح ٢ هـ، المحدث في الحديث فعلى: ح ١.
(٦٥) على إجازة ذلك واستجازة الذرائع: ت ح ٢ هـ، على استجازة الذرائع ح ١.
(٦٦) الآية: ٦٥ سورة الزمر.
(٦٧) الآية: ٥٤ ـ سورة المائدة.
(٦٨) فالذي: ت ح ٢ هـ، والذي: ح ١.

إلا أنـه يكره ذلك له[٦٩] لئلا يكون ذريعة لغيره يتطرق بها إلى الربا؛ وأكثر أهل العلم يمضون البيعتين على ظاهرهما من الصحة ولا يتهمون المتبايعين ولا يرون الحكم بالذرائع؛ وكذلك إذا باع الرجل السلعة بثمن إلى أجل ثم ابتاعها منه بأكثر من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل، تفسخ البيعتان جميعاً عند ابن الماجشون؛ والثانية وحدها عند ابن القاسم في القيام، إلا أن يشترط أن يقاصه بالثمن الأول عند الأجل الأول ويأخذ بقية الثمن الثاني[٧٠] عند الأجل الثاني، وأما إذا اشتراها منه إلى الأجل الذي باعها إليه منه فذلك جائز، والحكم يوجب المقاصة عند الأجل؛ وما لم يتقاصا فالثمن لكل واحد منهما في ذمة صاحبه ثابت، ولا يكون أحدهما أحق بما عليه من غرماء صاحبه إن فلس على مذهب ابن القاسم، وهو أحق بما عليه عند أشهب؛ فإن فلس على مذهب ابن القاسم المشتري الأول وهو البائع الثاني، تحاص غرماؤه مع المشتري الثاني وهو البائع الأول فيما عليه، فما وجب لهم في الحصاص أخذوه منه، وإن فلس المشتري الثاني وهو البائع الأول كـان المشتري الأول وهو البائع الثاني أحق بالسلعة، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه الثمن، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

فصـــل

وقد تقدم فيما مضى أن أهل العينة يتهمون فيما لا يتهم فيه أهل الصحة لعملهم[٧١] بالمكروه واستباحتهم له.

فصـــل

والعينة على ثلاثة أوجه جائزة ومكروهة ومحظورة فالجائزة أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة فيقول له هل عندك سلعة كذا أبتاعها منك فيقول له لا فينقلب عنه على غير مراوضة ولا مواعدة، فيشتري تلك السلعة التي سأله عنها ثم يلقاه فيخبره أنه قد اشترى السلفة التي سأله عنها فيبيعها بما شاء من نقد أو نسيئة؛

---

(٦٩) كلمة (له) ساقطة في ح ١.

(٧٠) الثاني: ت ح ٢ هـ، الباقي: ح ١.

(٧١) لعلمهم: ح ٢ هـ، لعملهم: ت ح ١.

والمكروهة أن يقول له اشترِ سلعة كذا وكذا فأنا أربحك فيها واشتريها منك من غير أن يراوضه على الربح. والمحظورة أن يراوضه على الربح فيقول له اشترِ سلعة كذا وكذا وأنا أربحك فيها كذا، وأبتاعها من بكذا؛ وفي هذا الوجه ست مسائل مفترقة الأحكام، ثلاث في قوله: اشترِ لي: إحداها: أن يقول له: اشترِ لي سلعة كذا وكذا بعشرة نقداً وأنا أبتاعها منك باثني عشر نقداً، والثانية أن يقول له اشترها لي بعشرة نقداً وأنا اشتريها منك باثني عشر إلى أجل. والثالثة عكسها وهي أن يقول له اشترها لي باثني عشر إلى أجل وأنا اشتريها منك بعشرة نقداً. وثلاث في قوله: اشترِ لنفسك، أو بقوله: اشترِ - ولا يقول لي ولا لنفسك. إحداها أن يقول له اشترِ سلعة كذا وكذا - بعشرة نقداً - وأنا ابتاعها منك باثني عشر نقداً.

والثانية: أو يقول له: واشترها لنفسك بعشرة نقداً وكذا ابتاعها منك باثني عشر إلى رجل. **والثالثة** أو يقول له: اشترها لنفسك - أو اشترِ ولا يزيد على ذلك - باثني عشر إلى أجل وأنا أبتاعها منك بعشرة نقداً.

فأما الرابعة - وهي أن يقول له اشترها لنفسك بعشرة نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشر نقداً. والخامسة أن يقول له اشترها لنفسك بعشرة نقداً وأنا أبتاعها منك باثني عشر إلى أجل. والسادسة عكسها وهي أن يقول له اشترها لنفسك، أو اشترِ ولا يزيد على ذلك باثني عشر - إلى أجل وأنا أبتاعها منك بعشرة نقداً. فأما الأولى وهي أن يقول له اشترها لي بعشرة نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشر نقداً، فالمأمور أجير على شراء السلعة للآمر بدينارين، لأنه أنما اشتراها له. وقوله وأنا أشتريها منك لغو لا معنى له، لأن العقدة له وبأمره، فإن كان النقد من عند الآمر أو من عند المأمور بغير شرط، فذلك جائز؛ وإن كان النقد من عند المأمور بشرط فهي إجارة فاسدة، لأنه إنما أعطاه الدينارين[٧٢] على أن يبتاع له السلعة وينقد من عنده الثمن عنه، فهي إجارة وسلف، ويكون للمأمور إجارة مثله؛ إلا أن تكون إجارة مثله أكثر من الدينارين فلا يزاد عليهما على مذهب ابن القاسم في البيع والسلف إذا كان السلف

(٧٢) الدينارين: ح ١ ح ٢ هـ، الدرهمين: ت.

من غير البائع وفاتت السلعة أن للبائع الأقل من القيمة أو للثمن، وإن قبض السلف، وعلى ما ذهب إليه ابن القاسم في البيع والسلف ـ إذا قبض السلف ـ وفاتت السلعة أن فيها القيمة ـ بالغة ما بلغت، يلزم أن يكون للمأمور هـهنا إجارة مثله بالغة ما بلغت، وإن كانت أكثر من الدينارين، والأصح أن لا يكون له أجرة، لأنا إن جعلنا له الأجرة كانت ثمناً للسلف، فكان تتميماً للربا الذي عقدا عليه وهو قول سعيد بن المسيب؛ فهي ثلاثة أقوال فيما يكون له من الأجرة إذا نقد المأمور الثمن بشرط، وهذا إذا عثر على الأمر بحدثانه ورد السلف إلى المأمور قبل أن ينتفع به الآمر؛ وأما إن لم يعثر على الأمر حتى انتفع الآمر بالسلف قدر ما يرى أنهما كانا قصداه فلا يكون في المسئلة إلا قولان، (أحدهما) أن للمأمور إجارته[73] بالغة ما بلغت. (والثاني) أنه لا شيء له، ولو عثر على الأمر قبل الابتياع وقبل أن ينقد المأمور الثمن، لكان النقد من عند الآمر ولكان فيما يكون للأجير قولان: (أحدهما) أن له إجارة مثله بالغة ما بلغت. (والثاني) أن له الأقل من إجارة مثله أو الدينارين، وابن حبيب يرى أن المأمور إذا نقد فقد تم الحرام بينهما وإن لم يمض من المدة ما ينتفع به الآمر بالنقد، ويكون له إجارة مثله ـ بالعقد[74] ـ بالغة ما بلغت، وإلى هذا ذهب سحنون في إصلاحه مسئلة كتاب بيوع الآجل في المدونة بأن جعل فيها مكان يرد: يترك. فتدبر ذلك. (وأما الثانية) وهو أن يقول اشترِ لي سلعة كذا بعشرة نقداً وأنا أبتاعها منك باثني عشر إلى أجل فذلك حرام لا يحل ولا يجوز لأنه رجل ازداد في سلعة[75]، فإن وقع ذلك لزمت السلعة للآمر، لأن الشراء كان له وإنما أسلفه المأمور ثمنها ليأخذ به[76] منه أكثر منه إلى أجل: فيعطيه العشرة معجلة ويطرح عنه ما أربى، ويكون له جعل مثله بالغاً ما بلغ في قول، والأقل من جعل مثله أو الدينارين اللذين أربى له بهما في قول[77]. وفي قول سعيد بن المسيب لا أجرة له بحال لأن ذلك تتميم للربا كالمسئلة المتقدمة،

(73) إجارته: ح ١ ح ٢ هـ، أجارة مثله: ت.
(74) كلمة (بالعقد) ساقطة في ت هـ، ثابتة في ح ١ ح ٢.
(75) سلفه: ت ح ٢، سلعته: ح ١.
(76) ليأخذ به منه: ت ح ٢، لما أخذ منه: ح ١.
(77) في قول: ت ح ٢ هـ، في قول مالك ـ بزيادة (مالك): ح ١.

قال في سماع سحنون وإن لم تفت السلعة فسخ البيع، وهو بعيد، فقيل معنى ذلك إذا علم البائع الأول بعلمهما. وأما الثالثة وهي أن يقول له اشترها لي باثني عشر إلى أجل وأنا أبتاعها منك بعشرة نقداً؛ فذلك أيضاً حرام لا يجوز، ومكروهه أنه استأجر[٧٨] المأمور على أن يبتاع له[٧٩] السلعة بسلف عشرة دنانير يدفعها إليه ينتفع بها إلى الأجل، ثم يردها إليه. فتلزم الآمر السلعة باثني عشر إلى أجل، ولا يتعجل المأمور منه العشرة النقد، وإن كان قد دفعها إليه صرفها عليه ولم تترك عنده إلى الأجل ـ وكان له جعل مثله بالغاً ما بلغ في هذا الوجه باتفاق؛ وأما الرابعة وهي أن يقول اشتر سلعة كذا بعشرة نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشر نقداً، فاختلف في ذلك قول مالك فمرة أجازه إذا[٨٠] كانت البيعتان جميعاً بالنقد وانتقد، ومرة كرهه للمراوضة التي وقعت بينهما في السلعة قبل أن تصير في ملك المأمور. وأما الخامسة وهي أن يقول اشترِ لي سلعة كذا بعشرة نقداً وأنا أبتاعها منك باثني عشر إلى أجل، فهو أيضاً[٨١] لا يجوز إلا أنه يختلف فيه إذا وقع، فروى سحنون عن ابن القاسم وحكاه عن مالك أن الآمر يلزمه الشراء باثني عشر إلى أجل، لأن المشتري كان ضامناً لها لو تلفت في يديه قبل أن يشتريها منه الآمر؛ ولو أراد أن لا يأخذها بعد اشتراء المأمور، كان ذلك له؛ واستحب للمأمور أن يتورع فلا يأخذ من الآمر إلا ما نقد في ثمنها. وقال ابن حبيب يفسخ البيع الثاني إن كانت السلعة قائمة وترد إلى المأمور، فإن فاتت ردت إلى قيمتها معجلة يوم قبضها الآمر كما يصنع بالبيع الحرام؛ لأنه كان على مواطأة بيعها قبل وجوبها للمأمور، فدخله[٨٢] بيع ما ليس عندك. وأما السادسة وهي أن يقول له اشترها لنفسك باثني عشر إلى أجل وأنا أبتاعها منك بعشرة نقداً، فروِي سحنون عن ابن القاسم أيضاً أن البيع لا يرد إذا فات ولا يكون على الآمر إلا العشرة. وأحب إليه أن لو أردف الخمسة الباقية،

---

(٧٨) استأجر: ت ح ٢ هـ، استأجره: ح ١.
(٧٩) يبتاع له: ت ح ٢ هـ، يبتاعه: ح ١.
(٨٠) إذا: ت ح ٢ هـ، إن: ح ١.
(٨١) فهو أيضاً لا يجوز: ت ح ١ ح ٢، فهذا لا يجوز: هـ.
(٨٢) فدخله: ت ح ٢ هـ، يدخله: ح ١.

لأن العقدة الأولى كانت للمأمور، ولو شاء المشتري لم يشترِ[٨٣]؛ وقال ابن حبيب يفسخ البيع الثاني على كل حال كما يصنع بالبيع الحرام، للمواطأة التي كانت للبيع قبل وجوبها للمأمور، فإن فاتت ردت إلى قيمتها يوم قبضها الثاني، وظاهر رواية سحنون أن البيع الثاني يفسخ ما لم تفت السلعة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

(٨٣) يشتر: ت ح ١ ح ٢، يشتره: هـ.



كتاب البيوع الفاسدة

فصـــل

في تقسيم البيوع في الصحة والفساد، البيوع تنقسم على ثلاثة أقسام: بيوع جائزة، وبيوع محظورة، وبيوع مكروهة؛ فأما[1] البيوع الجائزة فهي التي لم يحظرها الشرع، ولا ورد فيها نهي ـ وإنما قلنا ذلك، لأن الله تعالى أباح البيع لعباده وأذن لهم فيه إذناً مطلقاً، وإباحة عامة ـ في غير ما آية من كتابه من ذلك قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾، وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إذا نُوْدِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إلى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعِ ﴾[2]، ثم قال تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ الله ﴾[3]، يريد التجارة للبيع والشراء ولفظ البيع لفظ عام لأن الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم، قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَالْعَصْرِ إنَّ الإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ إلَّا الذِيْنَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ﴾[4]، فاستثنى من الإنسان ـ جماعة المؤمنين، لاقتضائه العموم، واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه إلا أن يأتي ما يخصصه، فإن خص منه شيء بقي ما بعد المخصوص على عمومه أيضاً، فيندرج تحت قوله

---

(١) فأما البيوع: ت، فصل فالبيوع: ح ١ هـ.

(٢) الآية: ٩ سورة الجمعة.

(٣) الآية: ١٠ من نفس السورة.

(٤) الآية: ١ من سورة والعصر.

تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ كل بيع إلا ما خص منه بالدليل وقـد خص منه بأدلة الشرع بيوع كثيرة؛ فبقي ما عداها على أصل الإباحة، ولذلك[٥] قلنا في البيوع الجائزة إنها جائزة ما لم يحظرها الشرع ولا ورد فيها النهي.

فصـــل

والأشياء الموجودة بأيدي الناس تنقسم على قسمين (أحدهما) ما لا يصح ملكه. (والثاني) ما يصح ملكه؛ فأما ما لا يصح ملكه، فلا يجوز بيعه بإجماع كالحر والخمر والخنزير والقرد والدم والميتة وما أشبه ذلك؛ وأما ما يصح ملكه، فإنه ينقسم على قسمين: (أحدهما) ما لا يصح بيعه ـ إما لأنه على صفة لا يجوز بيعه عليها كالعبد الآبق، والجمل[٦] الشارد، وتراب الصواغين، وما أشبه ذلك؛ وإما لأن الشرع حرم بيعه كالأوقاف، ولحوم الضحايا ـ عند جماعة العلماء، والمصحف عند بعضهم، والكلب المأذون في اتخاذه عند بعض أصحابنا. (والثاني) يصح بيعه ما لم يقع على وجه يمنع الشرع منه.

فصـــل

والوجوه التي يمنع الشرع من عقد البيع عليها كثيرة، منها ما يعود إلى الثمن والمثمون، ومنها ما يعود إلى حال المتبايعين، ومنها ما يعود إلى الحال التي وقع فيها البيع؛ فأما ما يعود منها إلى الثمن والمثمون، فعدمها شرط في صحة البيع وجوداً وعدماً باتفاق، كعدم الربا ومعرفة الثمن والمثمون وعدم الجهل بهما والغرر فيهما إلى ما سوى ذلك مما يشترط في صحة البيع؛ وأما ما يعود منها إلى حال المتبايعين أو إلى الحال التي وقع فيها البيع؛ ففيه تفصيل واختلاف سأبينه فيما بعد إن شاء الله تعالى.

---

(٥) ولذلك: ح ١ ح ٢ هـ، فلذلك: ت.

(٦) والجمل: ح ١ ح ٢ هـ، والبعير: ت.

فصــل

وأما البيوع المحظورة فإنها تنقسم إلى قسمين، أحدهما ما كان محظوراً لحق آدمي، والثاني ما كان محظوراً لحق الله تعالى؛ فأما ما كان منها[7] محظوراً لحق آدمي، فإنها موقوفة على إجازة من حظرت لحقه. وأما ما كان منها[7] محظوراً لحق الله تعالى، فإنها تنقسم إلى أربعة أقسام، (أحدها) ما كان محظوراً لتعلقه بالمحظور[8] في الشرع[9] دون أن يطابقه نهي أو يخل فيه بشرط من الشرائط المشترطة في صحته. (والثاني) ما طابقه النهي ولم يخل فيه بشرط من الشرائط المشترطة في صحته. (والثالث) ما أخل فيه بشرط من شرائط صحته. (والرابع) بيوع الشروط وهي التي يسميها الفقهاء بيوع الثنيا.

فصــل

فأما القسم الأول وهو ما كان محظوراً لتعلقه بالمحظور دون أن يطابقه نهي أو يخل فيه بشرط من شرائط صحته مثل أن يبيع قبل الصلاة في آخر وقتها بقدر ما لا يدرك قبل تمامه إلا ركعة من الصلاة، ويعلم أنه يفوته جميع الوقت باشتغاله بالبيع، ومثل البيع والشراء في موضع مغصوب وما أشبه ذلك، فإن البيع على هذا الوجه حرام محظور غير جائز إلا أنه إذا وقع لم يفسخ فات أو لم يفت باتفاق إلا ما كان من هذا النوع علة الحظر فيه باقية ببقاء المبيع، مثل شراء النصراني المصحف والمسلم، أو شراء الدين على الرجل إرادة الإضرار به، فقيل إنه يفسخ لبقاء[10] علة الحظر فيه بعد البيع، وقيل إنه لا يفسخ وترفع العلة ببيع المشترى على المشتري.

فصــل

وأما القسم الثاني وهو ما طابقه النهي ولم يخل فيه بشرط من الشرائط

---

(٧) منها: ح ١ ح ٢، منه: ت.

(٨) بالمحظور: ت ح ٢ هـ، بالحظر: ح ١.

(٩) الشرع: ح ١ ح ٢، الشرط: ت.

(١٠) لبقاء: ت ح ٢، ببقاء: ح ١.

المشترطة في صحته مثل البيع في وقت الجمعة، وبيع حاضر لباد وبيع الرجل على بيع أخيه، وبيع التلقي[11] وبيع التفرقة، وما أشبه هذا من البيوع، فيختلف أهل العلم فيها إذا وقعت على قولين، فمن رأى أن النهي لا يقتضي فساد المنهي عنه لم يفسخها وإن كانت السلعة قائمة لم تفت، ومن رأى أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه فسخها إن كانت قائمة أو ثابتة. وإن كانت قائمة ردت بعينها. وإن كانت فائتة ردت قيمتها وكان رد قيمتها كرد عينها؛ وفي هذا النوع من البيوع قول ثالث أنها تفسخ ما كانت السلعة قائمة، فإن فاتت مضت بالثمن ولم ترد إلى القيمة وهو قول بين القولين لا يجرى على قياس.

فصـــل

وأما القسم الثالث من البيوع وهو ما أخل فيه بشرط من شرائط صحته، فإنها تنفسخ على كل حال ولا خيار في ذلك لأحد المتبايعين، وترد السلعة إلى البائع إن كانت قائمة أو قيمتها يوم القبض إن كانت فائتة، ويرد البائع الثمن على المشتري، وقد تقدم ذكر بعض الشروط المشترطة في صحة البيع، وأن من ذلك أن يكون مبلغ الثمن والمثمون معلوماً، ولا يلزم أن يزيد في هذا الشرط حال العقد إلا على مذهب عبد العزيز بن أبي سلمة الذي لا يجيز شراء الصبرة على الكيل كل قفيز بدرهم إذ لا يعلم مبلغ الثمن والمثمون حال العقد، وإنما يعلم بعد الكيل؛ فإذا باع الرجل السلعة بثمن مجهول أو إلى أجل مجهول، أو ما أشبه ذلك؛ فسخ على كل حال في القيام والفوات شاء المتبايعان أو أبيا.

فصـــل

وأما القسم الرابع - وهي بيوع الشروط التي يسميها أهل العلم بيوع الثنيا - فذلك مثل أن يبيع الرجل السلعة على أن لا يبيع ولا يهب أو على أن يتخذها أم ولد، أو على أن لا يخرج بها من البلد، أو على أن لا يعزل عنها أو على أن لا يجيزها البحر أو على إن باعها فهو أحق بها بالثمن الذي يبيعها به، أو على أنه فيها بالخيار إلى أجل بعيد لا يجوز الخيار إليه، أو ما أشبه ذلك من الشروط التي

(١١) التلقي: ح ١، المتلقي: ت ح ٢.

تقتضي التحجير على المشتري في السلعة التي اشترى؛ فهذا النوع من البيوع اختلف فيه إذا وقع شيء منها على قولين، (أحدهما) أنه يفسخ ما دام البائع متمسكاً بشرطه، وإن ترك الشرط صح البيع، وإن فاتت السلعة كان فيها الأكثر من القيمة أو الثمن. وقيل إنه يرجع البائع على المشتري إذا فاتت بمقدار ما نقص من الثمن بسبب الشرط على كل حال، ولا ينظر في ذلك إلى القيمة كانت أقل من الثمن أو أكثر؛ ووجه العمل في ذلك على هذا القول أن تقوم السلعة بشرط وبغير شرط، فما كان بين القيمتين من الأجزاء رجع البائع على المبتاع بذلك الجزء من الثمن؛ فهذا حكم هذا الباب على هذا القول. وهو المشهور في المذهب ـ إلا في مسئلة واحدة وهي شراء الرجل السلعة على أنه فيها بالخيار إلى أجل بعيد لا يجوز الخيار إليه، فإنه يفسخ فيها البيع على كل حال، ولا يمضي ـ إن رضي مشترط الخيار بترك الشرط، لأن رضاه بذلك ليس تركاً منه للشرط، وإنما هو مختار للبيع على الخيار الفاسد الذي اشترط. والقول الثاني أن حكم هذه البيوع كلها حكم ما فسد من البيوع للإخلال بشرط من شروط صحتها فيفسخ على كل حال كانت قائمة أو فائتة، شاء المتبايعان أو أبيا، ولا خيار في ذلك لواحد منهما؛ فإن كانت السلعة قائمة ردت بعينها، وإن كانت فائتة ردت قيمتها على البائع بالغة ما بلغت ورد الثمن على المشتري.

فصـــل

واختلف أيضاً في البيع والسلف إذا وقع فقيل يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكاً بشرطه، فإن رضي بتركه على مذهب سحنون أو رده على مذهب ابن القاسم ـ يريد ـ والله أعلم ـ قبل أن يغيب عليه غيبة ينتفع فيها به، صح البيع ـ ولم يفسخ، فإن فاتت السلعة، قال ابن حبيب: ولم يقبض السلف، كان فيها الأقل من الثمن أو القيمة ـ إن كان المشتري هو مشترط السلف أو الأكثر من القيمة، أو الثمن إن كان البائع هو مشترط السلف كالحكم في بيوع الثنيا سواء، هذا قول ابن القاسم في المدونة وفي العشرة ليحيى عن ابن القاسم: أن فيها[١٢] القيمة بالغة ما بلغت،

(١٢) فيها: ح ١ ح ٢، فيهما: ت.

كانت أقل من الثمن أو أكثر، وهي ظاهر روايته عنه في السلم والآجال من العتبية، وعلى هذا يفسخ البيع إن شاء المتبايعان أو أبيا إذا كانت السلعة قائمة.

فصـــل

فيحتمل أن تكون رواية يحيى عن ابن القاسم هذه على مذهب من يرى في بيوع الثنيا أنها فاسدة فتفسخ على كل حال ولا خيار لأحد المتبايعين في إمضائها؛ ويحتمل أن يكون رأى اشتراط السلف في البيع أشد من تلك الشروط، لأن شرط السلف في البيع إنما أراد الانتفاع به إلى الأجل الذي يسمياه، والانتفاع به مجهول، فآل الأمر إلى الجهل بالثمن إن كان البائع هو مشترط السلف، أو إلى الجهل بالمثمون إن كان المشتري هو مشترط السلف، والعلم بالثمن والمثمون مشترط في صحة البيع وقد جعل مالك رحمه الله تعالى في رواية أشهب عنه من كتاب العيوب من العتبية البيع والسلف أخف من بيوع[١٣] الثنيا، فقال في الذي يبيع الجارية بشرط أن تتخذ[١٤] أم ولد إن البيع يفسخ وإن رضي البائع بترك الشرط، وفي الذي باع بشرط السلف أن البيع لا يفسخ إذا رضي البائع بترك السلف، فلم ير على هذه الرواية أن اشتراط السلف من أحد المتبايعين على صاحبه ـ يوجب مجهلة في الثمن لا في المثمون، إذ لم يتحقق عنده أن مشترط السلف قصد إلى بيع سلعته بالثمن الذي سماه وبما يربح في السلف، إذ قد لا يريده للتجارة فيه وإنما غرضه فيه أن يبتاع به عرضاً يقتنيه أو ثوباً يلبسه أو طعاماً يأكله أو ينفع به رجلاً فيسلفه إياه أو يهبه أو يتصدق به عليه أو ما أشبه ذلك من وجوه المنافع الموجودة فيه، لأن الشرط إذا آل به البيع إلى الغرر، أو المجهلة في الثمن أو المثمون، فالبيع فاسد مفسوخ على كل حال، ولا خيار في إمضائه لأحد المتبايعين في قيام السلعة وفيه القيمة بالغة ما بلغت في فواتها.

فصـــل

وإنما قلنا ذلك، لأن الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك رحمه

---

(١٣) بيوع: ت ح ٢ هـ، بيع: ح ١.

(١٤) تتخذ: ت ح ٢ هـ، يتخذها: ح ١.

الله تنقسم[١٥] على أربعة أقسام، (أحدها) يفسخ به البيع على كل حال، ولا خيار في إمضائه لأحد المتبايعين، فإن كانت السلعة قائمة ردت بعينها؛ وإن كانت فائتة، صح البيع فيها بـالقيمة ـ بالغة ما بلغت، كانت أكثر من الثمن أو أقل؛ وهو ما آل البيع به إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة العقد، كعدم الربا والغرر في الثمن أو المثمون وما أشبه ذلك. (والثاني) يفسخ فيه البيع ما دام مشترط الشرط متمسكاً بشرطه، فإن رضي بترك الشرط صح البيع إن كان لم يفت، وإن كان قد فات كان فيها الأقل من الثمن أو القيمة، أو الأكثر من القيمة أو الثمن على التفسير الذي قدمناه في بيوع الثنيا. (والثالث) يجوز فيه البيع والشرط وذلك إذا كان الشرط صحيحاً ولم يـؤل البيع به إلى غرر ولا فساد في ثمن ولا مثمون، ولا إلى ما أشبه ذلك من الإخلال بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع، وذلك مثل أن يبيع الرجل الدار ويشترط سكناها أشهراً معلومة، أو يبيع الدابة ويشترط ركوبها أياماً يسيرة أو إلى مكان قريب، أو يشترط شرطاً يوجبه الحكم، وما أشبه ذلك. (والرابع) يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط، وذلك ما كان الشرط فيه غير صحيح، إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن، وذلك مثل أن يبيع السلعة ويشتـرط إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها فلا بيع بينهما، مثل الذي يبتاع الحائط بشرط البراءة من الجائحة، لأن الجائحة لو أسقطها بعد وجوب البيع، لم يلزمه ذلك، لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه؛ فلما اشترط إسقاطها في عقد البيع، لم يؤثر ذلك عنده في حصته؛ لأن الجائحة أمر نادر فلم يقع لشرطه ذلك حصة من الثمن، ولم يلزم الشرط، إذ حكمه أن يكون غير لازم إلا بعد وجوب الرجوع بالجائحة وما أشبه ذلك؛ فهذا مذهب مالك رحمه الله تعالى في الشروط المقترنة بالبيع، وعلى هذا الترتيب لا يتعارض ما روي عن النبي ﷺ في هذا الباب، خلاف ما ذهب إليه أهل العراق، روي أن عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت فيها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة رضوان الله عليهم أجمعين، فسألت أبا حنيفة فقلت ما تقول في رجل باع بيعاً واشترط شرطاً، فقال البيع باطل والشرط

---

(١٥) على: ح ١، إلى: ت هـ.

باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز؛ فقلت سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسئلة واحدة، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته، فقال لا أدري ما قالا، حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط[١٦]. ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته، فقال لا أدري ما قالا، حدثني هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها ـ قالت أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بريرة وأعتقها ـ وإن اشترط أهلها الولاء، فإن الولاء لمن أعتق[١٧] البيع جائز والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال لا أدري ما قالا، حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار، عن جابر قال بعت من النبي ﷺ ناقة وشرط لي حلابها وظهرها إلى المدينة[١٨] فالبيع جائز، والشرط جائز؛ فعرف مالك رحمه ـ الله تعالى الأحاديث كلها واستعملها في مواضعها، وتأولها على وجوهها؛ فأما أبو حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فلم يمعنوا النظر، ولا أحسنوا تأويل الآثار والله يوفق من يشاء.

فصـــل

وأما البيوع المكروهة، فهي التي اختلف أهل العلم في إجازتها[١٩] والحكم فيها أن تفسخ ما كانت[٢٠] قائمة، فإن فاتت لم ترد، مراعاة للاختلاف فيها كذا روى ابن وهب عن مالك أن البيع المكروه لا يرد إذا فات وبعضها أشد كراهية من بعض، فمنها ما العقد فيه فوت، ومنها ما القبض فيه فوت، ومنها ما فوات العين فيه فوت، ومنها ما يختلف فيما يفوت به كشراء الزرع إذا أفرك قبل أن ييبس، وما أشبه ذلك.

---

(١٦) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع.

(١٧) أخرجه البخاري ومسلم.

(١٨) رواه الترمذي في كتاب البيوع.

(١٩) إجازتها: ح ٢ هـ، جوازها: ح ١.

فصـــل

فلا يخرج شيء من البيوع عن هذه الأقسام وإن وجد بين أصحاب مالك ـ رحمه الله تعالى ـ اختلاف في بيع من البيوع، فإنما ذلك لاختلافهم من أي قسم هو من الأقسام المذكورة.

فصـــل

ومن بيوع الشروط ما يختلف فيه: هل هو بيع أو غير بيع، مثل أن يبيع الرجل السلعة على أن لا نقصان على المشتري، فاختلف هل هو بيع فاسد، أو إجارة فاسدة؛ ومنه أن يبيع الرجل السلعة على أنه متى جاءه بالثمن فهو أحق بها، فاختلف فيه هل هو بيع فاسد أو سلف جر منفعة، والقولان في كتاب بيوع الآجال من المدونة[٢١].

---

(٢٠) كانت: ح ٢ هـ، دامت: ح ١.
(٢١) انظر مج ٤ ـ ج ١٣٢/١٠.

كتاب الغرر[1]

ما جاء في بيع الغرر وتبيين وجوهه وأحكامه: ثبت عن النبي ﷺ: «**أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الغُرَرِ**»[2] وبيع الغرر هو البيع الذي يكثر فيه الغرر ويغلب عليه حتى يوصف به، لأن الشيء إذا كان متردداً بين معنيين لا يوصف بأحدهما دون الآخر، إلا أن يكون أخص به وأغلب عليه.

فصـــل

ووجوه الغرر في البيوع كثيرة لا تحصى، من ذلك بيع العبد الآبق، والجمل[3] الشارد، والجنين في بطن أمه، ومن ذلك ما نهى عنه النبي ﷺ **من بيع الملامسة والمنابذة**[4] والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينظر إليه ولا يتأمل ما فيه، أو يبتاعه ليلاً ولا ينظر ما فيه، والمنابذة، أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليه ثوبه على غير تأمل منهما، ويقول كل واحد منهما هذا بهذا، فهذا الذي نهي عنه من الملامسة والمنابذة، ومن ذلك نهيه ﷺ عن **المضَامِين وَالملاقِيح**[5]

---

(١) كتاب الغرر ـ ما جاء في بيع الغرر: ح ٢ هـ، كتاب بيع الغرر ـ بسم الله الرحمان الرحيم وصلّى الله على سيدنا محمد وآله ـ ما جاء في بيع الغرر: ح ١ ـ والعبارة ساقطة برمتها في ت.

(٢) رواه أحمد ومسلم من حديث أبي هريرة. انظر فيض القدير على الجامع الصغير ٣٣١/٦.

(٣) والجمل: ح ١ ح ٢، والبعير: ت.

(٤) رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث أبي سعيد. انظر فيض القدير ٣٢٣/٦.

(٥) رواه الطبراني من حديث ابن عباس ـ المرجع السابق ٣٠٧/٦.

والمضامين: ما في بطون الإناث، والملاقيح ما في ظهور الجمال؛ وقيل بعكس ذلك: إن الملاقيح ما في بطون الإناث، والمضامين ما في ظهور الجمال والتفسير الأول في الموطأ لمالك أو لابن شهاب أو لسعيد بن المسيب وإليه ذهب أبو عبيد، والتفسير الثاني لابن حبيب وغيره، ومن ذلك نهيه ﷺ **عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الْحَبَلَةِ**[٦] وهو بيع نتاج النتاج وقيل هو البيع إلى نتاج النتاج، وأي الأمرين كان فهو غرر إما في المثمون، وإما في أجل الثمن، ومن ذلك نهيه ﷺ **عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ**[٧] وهو أن يساوم الرجل الرجل في سلعة وبيد أحدهما حصاة فيقول لصاحبه إذا سقطت الحصاة من يدي فقد وجب بيع بيني وبينك، وقيل هو أن تكون السلعة منشورة فيرمي المبتاع حصاة، فأيها وقعت عليه وجبت له بما سميا من الثمن، وأي ذلك كان فهو أيضاً من الغرر المنهي عنه، ومن ذلك نهيه ﷺ **عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ على الاختلاف في معنى ذلك، ومن ذلك نهيه ﷺ عن بيع العربان**[٨]، **وتفسيره أن يشتري الرجل السلعة ويعطيه ديناراً أو درهماً فيقول له إن أخذتها فذلك من الثمن، وإن تركتها كان ذلك باطلاً بغير شيء، وذلك أيضاً غرر بين، وكانت هذه كلها بيوعاً كان أهل الجاهلية يتبايعون بها، فنهى النبي - ﷺ - عنها، لأنها من أكل المال بالباطل، قال الله عزّ وجلّ: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تجارَةً عَنْ تَرَاضٍ منكم ﴾**[٩] معناه تجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة ولا قمار، لأن التراضي بما فيه غرر أو خطر أو قمار لا يحل ولا يجوز، لأنه من الميسر الذي حرمه الله في كتابه حيث يقول: **﴿ إِنَّما الْخَمْرُ وَالْمَيسرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾**[١٠].

---

(٦) نفس المصدر - والحبل - بفتح الباء فيهما، ولكن الأول مصدر حبلت المرأة بكسر الباء، والثاني: اسم جمع حابل كظالم وظلمة.

انظر فيض القدير ٦/٣٠٧، والنهاية ١/٣٣٤ - (حبل).

(٧) رواه أحمد ومسلم من حديث أبي هريرة، فيض القدير ٦/٣٣١.

(٨) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. المرجع السابق ٦/٣٣٢.

(٩) الآية: ٢٩ - سورة النساء.

(١٠) الآية: ٩٠ - سورة المائدة.

فصــل

فلا يصح البيع إلا أن يكون سالماً من الغرر الكثير، لأن الغرر اليسير الذي لا تنفك البيوع منه مستخف مستجاز فيها.

فصــل

وإنما يقع الاختلاف بين العلماء في فساد بعض أعيان العقود لاختلافهم فيما فيه من الغرر هل هو من جنس الكثير الداخل تحت نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر المانع من صحة العقد، أو من جنس اليسير المستخف المستجاز في البيوع الذي لا يمنع من صحة العقد.

فصــل

والغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء (أحدها) العقد (والثاني) أحد العوضين الثمن أو المثمون أو كليهما. (والثالث) الأجل فيهما أو في أحدهما؛ فأما الغرر في العقد فهو مثل نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة[11] وعن بيع العربان، وعن بيع الحصاة على أحد التأويلين وما أشبه ذلك مما لا جهل فيه في ثمن ولا مثمون وإنما حصل الغرر فيه بانعقاده بين المتبايعين على هذه الصفات؛ ومن هذا المعنى بيع المكيل والجزاف في صفقة واحدة، والقول فيما[12] يجوز من بيع الجزاف والمكيل في صفقة واحدة، يتحصل بأن يعلم أن من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كيلاً ويجوز بيعه جزافاً كالحبوب، وأَن منها ما الأصل فيه أن يباع جزافاً ويجوز بيعه كيلاً كالأرضين والثياب، وأَن منها عروضاً لا يجوز بيعها كيلاً ولا وزناً كالعبيد والحيوان، فالجزاف ما أصله أن يباع كيلاً كالحبوب لا يجوز بيعه مع المكيل منه، ولا مع المكيل مما أصله أن يباع جزافاً، كالأرضين والثياب باتفاق، والجزاف مما أصله أن يباع جزافاً لا يجوز أن يباع مع الميكل منه باتفاق أيضاً،

(١١) رواه الترمذي والنسائي من حديث أبي هريرة.
انظر فيض القدير ٣٠٨/٦.

(١٢) فيما يجوز: ح ١، في كل ما يجوز: هـ.

واختلف في بيعه مع المكيل مما أصله أن يباع كيلاً على قولين، (أحدهما) أن ذلك جائز، وإليه ذهب ابن زرب وأقامه من إجازته في السلم الأول من المدونة أن يسلم في ثياب وطعام[١٣] صفقة واحدة[١٤] (والثاني) أن ذلك لا يجوز، وإليه ذهب ابن العطار في وثائقه، ولا اختلاف في جواز بيع الكيلين في صفقة واحدة وجزافين في صفقة واحدة أيضاً على كل حال، ولا يجوز بيع الجزاف مع العروض في صفقة واحدة إلا عند ابن حبيب، فإنه ذهب إلى أن الجزاف مما أصله أن يباع كيلاً، لا يجوز بيعه مع العروض في صفقة واحدة وهو بعيد وأما بيع الجزاف على الكيل، فلا ينضاف إليه في البيع شيء بحال على الصحيح من الأقوال، وهو مذهب ابن القاسم. وأما بيع الجزافين على الكيل، فإن كانا على صفة واحدة وبكيل واحد، جاز باتفاق، وإن اختلف الكيل والصفة جميعاً لم يجز باتفاق، وإن اتفق أحدهما واختلف الآخر، جاز على اختلاف بين ابن القاسم وأشهب، فعلى مذهب ابن القاسم لا يجوز أن يبيع الرجل قريته تكسيراً، كل قفيز بكذا، إلا أن يستوي أرضها في الطيب والكرم ولا يكون فيها ثمرة ولا دار تدخل في البيع، فإن باع منها زرعاً[١٤] مسمى من موضع بعينه، أو على أن يأخذ المشتري من أي موضع أحب، فعلى ما تقدم لا يجوز أن يضاف إلى ذلك في الصفقة جزاف مما أصله أن يباع جزافاً ولا مما أصله أن يباع كيلاً؛ وكذلك إن باعها كلها على أن تكسيرها كذا وكذا على مذهب من حكم لذلك بحكم شراء الذرع المسمى إن كان فيها أكثر مما سمى، كان الزائد للبائع، وإن كان فيها أقل، كان بالخيار بين أن يأخذ ما وجد بحسابه من الثمن أو يرد، إلا أن يكون النقصان يسيراً فيلزمه ما وجد بحسابه من الثمن، وأما على مذهب من جعل ذلك كالصفة للأرض إن وجد فيها أكثر من الذرع المسمى كان للمبتاع، وإن وجد أقل، كان المبتاع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يرد، فلا يجوز أن ينضاف إلى ذلك في الصفقة كيل مما أصله أن يباع جزافاً باتفاق، ولا كيل مما أصله أن يباع كيلاً على ما تقدم من الاختلاف،

---

(١٣) ثياب وطعام صفقة: ح ١ ح ٢، ثياب بطعام صفقة: هـ.

(١٤) انظر مج ٤ ج ١٠/١٣ - ١٤.

وكذلك القول في الثوب والخشبة وما أشبههما إذا اشترى ذلك كله[١٥] كل ذراع بكذا، أو على أن فيه كذا وكذا ذراعاً، أو اشترى منه ذرعاً كذا، وحكم الموزون والمعدود في جميع ما ذكرناه حكم المكيل.

فصـــل

وأما الغرر في الثمن والمثمون أو في أحدهما، فإنه يكون بثلاثة أوجه، (أحدها) الجهل بصفة ذلك أو بمقداره، فأما الجهل بصفة ذلك، فهو مثل أن يبيع جنيناً في بطن أمه، أو غائباً على غير صفة، أو يبيع سلعة بدنانير مسماة من غير صفة ونقد البلد مختلف، وما أشبه ذلك، وأما الجهل بمقداره، فهو مثل أن يبيع الطعام بكيل[١٦] مجهول أو يبيع سلعة بجزاف من الدنانير والدراهم، (والثاني) عدم القدرة على تسليمه، وذلك مثل أن يبيع العبد الآبق، والجمل الشارد والسلعة بيد غاصب منكر للغصب ولا بينة عليه، أو مقرٍ به ممتنع من دفعها وهو ممن لا تأخذه الأحكام؛ وقد اختلف إن كان الغاصب منكراً للغصب ممن تأخذه الأحكام وعليه بالغصب بينة؛ ومثل شراء الدين على الحاضر المنكر إذا كانت عليه بينة، وشراء ما فيه خصومة وأخف ذلك شراء الدين على الغائب القريب الغيبة على مسيرة اليومين والثلاثة إذا لم يعلم إقراره من إنكاره وعليه بينة، وأما إذا لم تكن عليه بينة فلا يجوز ذلك، والثالث الجهل بمآل حاله ـ وهو أمر مختلف فيه، وذلك مثل أن يبيع الرجل العبد المجروح موضحةً قبل أن يبرأ ويحكـم له بأرشها من غير أن يبرأ الجاني من الجناية، أو يبيع العبد المريض إذا[١٧] كان المرض قد بلغ به إلى الحد الذي لا يجوز للمريض فيه القضاء في جميع ماله أو يشتري الأنقاض قائمة على القلع من قاعة ليست للبائع ولا للمبتاع، وما أشبه ذلك، ومما يشبهه أن يكون للرجل على الرجل دنانير أو دراهم أو عروض، فيصالح رجل أجنبي صاحب الدين على أن يدفع إليه خلاف الدين مما يصير الذي عليه الدين مخيراً في صنفين.

---

(١٥) كلمة (كله) ساقطة في ح ١.

(١٦) بمكيال: ت ح ٢، بكيل: ح ١.

(١٧) إذا: ح ١ ح ٢، إن: ت.

فصل

وأما الغرر بالأجل في الثمن والمثمون فذلك مثل أن يبيع منه السلعة بثمن إلى قدوم زيد أو إلى موته أو يسلم إليه في سلعة إلى مثل ذلك الأجل، وما أشبه ذلك.

فصل

وإذا وقع بيع الغرر فسخ ما كان قائماً، فإن فات بيد المبتاع صحح[١٨] بالقيمة، وضمانه على مذهب ابن القاسم من البائع ما لم يقبضه المبتاع، وإن دفع الثمن أو دعي إلى قبضها، وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم أن ضمانها من البائع - وإن قبضها المبتاع - وهو بعيد وقال أشهب إن ضمانها من المبتاع وإن كانت بيد البائع - إذا نقد الثمن، أو دعي إلى قبضها - وإن لم ينقد الثمن.

فصل

وقد اختلف الذين رأوا أنها لا تدخل في ضمان المبتاع إلا بالقبض إذا عقد فيها عقداً من عتق أو بيع أو صدقة أو هبة وما أشبه ذلك من العقود، هل يكون ذلك قبضاً وفوتاً أم لا على أربعة أقوال، (أحدها) أنه لا يكون شيء[١٩] من ذلك كله قبضاً ولا فوتاً وهو قول سحنون، (والثاني) أن ذلك كله يكون قبضاً وفوتاً وهو قول ابن القاسم في كتاب العيوب، لأنه رآه فوتاً في الصدقة، فهو فيما سواه أحرى أن يكون فوتاً (والثالث) أنه لا يكون فوتاً شيء من ذلك إلا العتق لحرمته، وهو قول ابن القاسم في الكتاب المذكور قوله في البيع إذا كان الأول قد قبضها (والرابع) أنه لا يكون فوتاً وقبضاً إلا العتق والبيع خاصة.

فصل

وبيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبي - ﷺ - من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه، خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى في قوله

---

(١٨) صحح: ح ١ ح ٢، صح: ت.
(١٩) شيء: ت ح ٢، شيئاً: ح ١.

إن الغائب لا يجوز بيعه على الصفة، لأنه لا عين مرئية ولا صفة مضمونة ثابتة في الذمة، وخلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله إن شراء الغائب على الصفة وعلى غير الصفة جائز، وللمبتاع خيار الرؤية إذا نظر إليها، وقد روي عن الشافعي رحمه الله تعالى مثل هذا القول، والصحيح ما ذهب إليه مالك رحمه الله تعالى ـ وجميع أصحابه من أن شراء الغائب على الصفة جائز، وذلك للمبتاع لازم ـ إن وجد الغائب على الصفة التي وصف بها، لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف، قال رسول الله ﷺ: «**لَا تَنْعتُ الْـمرَأةُ الْمَـرأةَ لِلزَّوْجِ حَتَّى كَأنَّهُ يَنظُرُ إليها**»[20] أو كما قال ﷺ، فشبه ﷺ المبالغة في الصفة بالنظر، وقال الله تبارك وتعالى: ﴿ **وَلَمَّا جَاءَهُم كتَابٌ مِنْ عِندِ الله مُصدقٌ لِمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِنْ قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الذِيَن كَفَرُوا، فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ الله عَلَى الْكَافِرِين** ﴾[21][22] وجه الدليل من هذه الآية أن اليهود كانوا يجدون في التوراة نعت[23] النبي ﷺ وصفته فكانوا يحدثون بذلك ويستفتحون به[24] على الذين كفروا أي يستنصرون به على كفار العرب، يقولون: اللهم آت بهذا النبي الذي يقتل العرب ويذلهم لأنهم كانوا يرجون أن يكون منهم؛ فلما بعثه الله تعالى من العرب ولم يكن منهم، حسدوه وكفروا به، فقال لهم معاذ بن جبل، وبشر بن البراء بن معرور: يا معشر يهود اتقوا الله وأسلموا، فقد كنتم تستفتحون علينا بمحمد ونحن أهل شرك وتخبروننا أنه مبعوث وتصفونه لنا بصفته؛ فقالوا ما جاءنا بشيء نعرفه، وما هو هذا الذي كنا نخبركم به، فأنزل الله عزّ وجلّ تكذيب قولهم في كتابه وذلك قوله: ﴿ **فَلَمّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ** ﴾ فلما قال تعالى: ﴿ **فَـلَمّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا** ﴾ وهم لم يعرفوه قبل إلا بصفته التي وجدوها في التوراة، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف، وذلك ما أردنا أن نحتج له، وفي قول رسول الله ﷺ في

---

(٢٠) رواه أحمد والبخاري وأبو داود.

(٢١) الآية: ٨٩ ـ سورة البقرة.

(٢٢) وجه: ح ١ هـ، ووجه: ت.

(٢٣) نعت: ح ١ ح ٢ هـ، بعث: ت.

(٢٤) كلمة (به) ساقطة في ح ١.

حديث أبي هريرة الواقع في الكتاب: **«لَا يَنْظُرونَ إِلَيْها وَلَا يُخْبرون عَنْها»**، دليل بين على أن الخبر عنها بمنزلة النظر إليها، وإذا[٢٥] جاز أن يسلم الرجل إلى الرجل في ثوب أو عبد على صفة ولم يكن ذلك غرراً، جاز أن يبتاعه على الصفة ولا يكون ذلك غرراً، إذ لا فرق بين الموضعين، ومن الدليل أيضاً على جواز البيع على الصفة قول رسول الله ﷺ: **«لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض في أكمامه»** فإذا جاز بيع الحب في أكمامه وهو غير مرئي على صفة ما فرك منه إن كان حاضراً، جاز أن يشتري[٢٦] منه إذا كان غائباً على صفة، إذ لا فرق إذا غاب المبيع بين أن يبيعه على الصفة أو على مثال يريه إياه وهذا الحديث أيضاً حجة في بيع الجزر والفجل وما أشبه مما هو مغيب تحت الأرض، لأنه يقلع منه شيء فيستدل[٢٧] به على بقيته، ويستدل عليه أيضاً بفروعه.

فصـــل

ومن هذا بيع الجوز واللوز والباقلاء في قشره الأعلى، فأجازه[٢٨] مالك وأصحابه خلافاً للشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنه، ودليلنا قوله تعالى: ﴿ **وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا** ﴾ ولأنه مأكول في أكمام من أصل الخلقة، فجاز بيعه كالرمان والموز، ولأن الضرورة تدفع[٢٩] إلى ذلك، لما بالناس من الحاجة إلى بيع ذلك رطباً، إذ ليس كل أحد يمكنه تجفيفه، وفي نزع قشره إفساد له فلم يبق إلا جواز البيع، بيد أَنه لا يجوز الاجتزاء بالصفة عن النظر إلا مع الضرورة إلى ذلك، لأن[٣٠] النظر أبلغ في المعرفة من الصفة، قال رسول الله ﷺ **ليس المعاينة كالخبر**[٣١].

---

(٢٥) وإذا: ت ح ٢ هـ، فإذا: ح ١.
(٢٦) كلمة (منه) ساقطة في ح ١.
(٢٧) فيستدل: ح ١ ح ٢ هـ، يستدل: ت.
(٢٨) فأجازه: ت ح ٢، فأجاز ذلك: ت، أجازه: ح ١.
(٢٩) تدفع: ت ح ١ ح ٢، تدعو: هـ.
(٣٠) لأن: ح ١ ح ٢، ولأن: ت هـ.
(٣١) أخرجه أحمد والطبراني في الأوسط، والحاكم في المستدرك من حديث ابن عباس. انظر فيض القدير ٣٥٧/٥.

فصـــل

فمن الضرورة إلى ذلك أن تكون السلعة المبيعة على الصفة غائبة في بلد آخر، أو يكون المبيع متاعاً كثيراً مشدوداً في أعداله وأحماله، فيجوز بيعه على صفة البرنامج، لأن فتحه كله ونشره مما يضر بصاحبه ويشق عليه، وأما الثوب الواحد والثياب اليسيرة فلا يجوز بيعها على الصفة إذا كانت حاضرة حال العقد، وقد أجاز أشهب بيع الساج المدرج في جرابه على الصفة، وذلك في الثوب الرفيع الذي يغيره ترداد نشره على السوّام وتقليبهم إياه، وأما الثوب الذي ليس على هذه الصفة، فلا ينبغي أن يختلف فيه.

فصـــل

وقد اختلف في السلعة الحاضرة في البلد الغائبة عن موضع العقد فقيل إن بيعها على الصفة لا يجوز، لأنها كالحاضرة، إذ لا تتعذر رؤيتها، وقيل إن بيعها على الصفة جائز ـ وإن كانت في البلد، لأنها إذا لم تكن حاضرة في موضع العقد فلم يقصد إلى الغرر بشرائها على الصفة وأشبهت الغائبة عن البلد.

فصـــل

وبيع الغائب على مذهب ابن القاسم جائز ما لم يتفاحش بعده والعقد عليه صحيح، وإن لم يعلم إن كان حين العقد قائماً أو تالفاً، فإن وجد قد تلف قبل العقد انتقض البيع باتفاق، وإن تلف بعد العقد وقبل القبض، فاختلف قول مالك رحمه الله في ذلك: فمرة قال إن مصيبته من البائع وينتقض البيع كتلفه قبل العقد وهو آخر قوله، ومرة قال إن مصيبته من المبتاع ويصح البيع.

فصـــل

ويجوز لمشتري السلعة الغائبة أن يبيعها قبل القبض من غير الذي اشتراها منه بما شاء ولا ينتقد[٣١] بشرط، إلا أن يكون قريب الغيبة، وأما من الذي باعها

---

(٣٢) ينتقد: ت ح ٢، ينقد: ح ١.

منه فلا يجوز له أن يبيعها منه بمثل الثمن ولا بأكثر ولا بأقل، لأنه فسخ الدين في الدين، إلا أن يكون نقد[٣٣] الثمن بغير شرط على كلا القولين في مذهب ابن القاسم، وقال سحنون يجوز أن يبيعها منه على القول الذي يرى فيه الضمان من البائع قياساً على ما أجازه مالك رحمه الله من الإقالة في الجارية التي في المواضعة، وقوله أظهر في القياس.

فصـــل

وأما إن باعها منه بخلاف الثمن الذي اشتراها به مما يجوز بيعها به فذلك جائز إذا لم ينتقد[٣٤] بشرط إلا أن يكون قريب الغيبة مما يجوز النقد فيه، قال في الكتاب[٣٥] لا أرى بذلك بأساً إذا علم أن الثوب قائم حين وقعت الصفقة الثانية في مسئلة من آجر داره من رجل شهرين بثوب موصوف في بيته ثم باع ذلك الثوب منه قبل أن يقبضه منه بدراهم أو بدنانير أو بثوبين مثله من صنفه، أو بسكنى دار له أخرى، وهو كلام فيه نظر إذ ليس من شرط صحة العقد على الغائب أن يعلم قيامه حين العقد، كما يظهر من ظاهر اللفظ إذ لو كان ذلك من شروط صحته، لما جاز بيع غائب بحال، إذ لا طريق إلى معرفة قيام الشيء للغائب في حال غيبته، فمعنى الكلام والمراد به أن الصفقة إذا وقعت فعلم بعد وقوعها أن الثوب كان قائماً في حين وقوعها، صحت وعلم انتقال الملك بها من المشتري إلى البائع والضمان أيضاً من البائع إلى المشتري على قول مالك رحمه الله تعالى الآخر واختيار ابن القاسم، أو من المشتري إلى البائع[٣٦] على قول مالك الأول، وإن وجدت السلعة بعد الصفقة قد تلفت قبل الصفقة أو لم يعلم إن كان تلفها قبل الصفقة أو بعدها، فالصفقة باطلة لا ينتقل بها ملك الثوب ولا ضمانه عما كان عليه، وقد تكلم عبد الحق على توجيه هذا اللفظ[٣٧] فحكى عن بعض شيوخه[٣٨] القرويين أنه قال

(٣٣) يكون قد نقد: ح ١ ح ٢، يكون كأن نقد: هـ، يكون كأن قد نقد: ت.
(٣٤) ينقد: ح ٢ هـ، ينتقد: ح ١.
(٣٥) يعني به المدونة.
(٣٦) على: ح ١ ح ٢ هـ، فعلى: ت.
(٣٧) هذا اللفظ: ت ح ٢ هـ، هذه اللفظة: ح ١.
(٣٨) شيوخه القرويين: ت ح ٢ هـ، شيوخه من القرويين: ح ١.

إنما شرط ابن القاسم إن علم أنه عنده وقت الصفقة الثانية، لأنه إن كان موجوداً عنده وانهدمت الدار في بعض المدة ينتقض[39] من الثوب مقدار ذلك، وإن كان الثوب ليس عنده وقت الصفقة الثانية فكأن الكراء إنما وقع بالدراهم، فإذا انهدمت الدار كان الرجوع فيها، فوجب لهذا لما كان لا يدري فيما ذا يرجع من الدراهم ومن الثوب، أن لا يجوز حتى يعلم ذلك فيدخلان على أمر معروف، وقال غيره إنما شرط إذا علم أنه عنده، لأنه لا يدري هل باع منه شيئاً موجوداً أم لا فعقد البيع إذا وقع جائز، ثم ينظر: فإن علم أنه عنده فقد صحت لنا الصفقة الأولى، وإلا فلا، وقوله ينتقض من الثوب مقدار[40] ذلك، يريد أنه إن انهدمت الدار وقد سكن نصف المدة، رجع عليه بنصف قيمة الثوب، وإن كان أقل فأقل، وإن كان أكثر فأكثر على هذا الحساب، لأن الثوب الذي هو عوض السكنى قد فات بالبيع منه، فهو بمنزلة فواته بالبيع من غيره أو بغير ذلك من وجوه الفوت وهو صحيح، وذهب أبو إسحاق التونسي إلى أنه إنما يرجع في الثمن الذي دفع بقدر ما بقي له من السكنى، وعلته في ذلك أنه قد استحق من الثوب الذي باع بقدر ما انهدم من الدار، فوجب أن ينتقض البيع في مقدار ذلك من الثوب، وهو تعليل غير صحيح، لأن الثوب ثمن السكنى، فإنما يجب الرجوع فيه ويكون كالمستحق إذا كان قائماً لم يفت والبيع فيه فوت؛ وإن كان إنما باعه منه إذ لا فرق في فواته بالبيع منه أو من غيره، ألا ترى أن من اشترى عبداً بيعاً فاسداً فباعه من بائعه منه بيعاً صحيحاً أنه فوت فيمضي، ويصحح البيع الفاسد بالقيمة، ويلزم في هذا على تعليل أبي إسحاق التونسي أن ينتقض البيع الصحيح ولا يكون فوتاً لرجوع السلعة إلى يد البائع وينفسخ البيع الفاسد وهو بعيد، وأما قوله أعني قول بعض شيوخ[41] القرويين[42]؛ فإن كان الثوب ليس عنده وقت الصفقة الثانية، فكأن الكراء إنما

(٣٩) ينتقض: ح ٢ هـ، فينتقض: ت، انتقض: ح ١.
(٤٠) مقدار: ح ١ ح ٢، بمقدار: ت هـ.
(٤١) شيوخ: ت ح ٢، الشيوخ: ح ١.
(٤٢) وإن: ت ح ١ ح ٢، فإن: هـ.

وقع بالدراهم، فإذا انهدمت الدار كان الرجوع فيها فلا يصح، وإنما الواجب إن كان تلف الثوب قبل الصفقة الأولى أو بعد الصفقة الأولى وقبل الصفقة الثانية على القول الذي يرى الضمان من البائع في السلعة الغائبة ما لم يقبضها المبتاع أن يرجع صاحب الدار على صاحب الثوب بقيمة ما سكن الدار إلى وقت انهدامها، لأن صاحب الدار لم يقبض شيئاً لكون مصيبة السلعة من صاحبها بمنزلة من اكترى داراً بثوب فسكنها بعض المدة واستحق الثوب، فإن رب الدار يرجع على صاحب الثوب بقيمة ما سكن، وإن كان إنما تلف بعد الصفقة الأولى وقبل الصفقة الثانية على القول الذي يرى ضمان الغائبة من المبتاع إذا كان سليماً يوم الصفقة، أن يرجع المكتري على صاحب الدار في قيمة الثوب بقدر ما بقي من السكنى، لأنه قد تلف ومصيبته منه، ويرجع عليه أيضاً بالثمن الذي دفع إليه فيه لانتقاض البيع بتلفه قبل وقوع الصفقة؛ وأما قول غيره إنما شرطه إذا علم أنه عنده، لأنه لا يدري هل باع منه شيئاً موجوداً أم لا، فعقد البيع إذا وقع جائز، فإنه كلام صحيح جيد، وأما قوله ثم ينظر فإن علم أنه عنده فقد صحت لنا الصفقة الأولى، وإلا فلا، فإنما معناه على قول مالك الثاني واختيار ابن القاسم أن ضمان الغائب من البائع ما لم يقبض، فيكون عقد البيع عليه قبضاً له وتصح[43] الصفقة الأولى، فإن قبضه البائع الأول بابتياعه، صحت الصفقة الثانية أيضاً، وإن فات[44] قبل أن يقبضه كانت مصيبته من المشتري الأول وهو البائع الثاني؛ وأما على قول مالك الأول، فإن علم أنه قائم يوم وقعت الصفقة الثانية فقد صحت الصفقة الأولى والثانية.

فصل

وبيع السلع المغيبات لا يجوز إلا على ثلاثة أوجه، (أحدها) على الرؤية، (والثاني) على الصفة في الموضع الذي يجوز بيعها فيه على الصفة على ما قدمناه (والثالث) أن يشترط أنه بالخيار إذا رآها ولا ينقد بشرط كانت قريبة أو بعيدة، هذا

---

(٤٣) وتصح الصفقة: ح ١ ح ٢ هـ، وتصح به الصفقة ـ بزيادة (به): ت.
(٤٤) فات: هـ، مات: ح ١ ح ٢.

قول مالك في المدونة في السلم الثالث منها[٤٥] وقد قيل إن البيع في العروض المغيبات لا يجوز إلا برؤية أو بصفة، وفي كتاب الغرر دليل على هذا القول وهو الصحيح الذي يحمله القياس، وأما النقد فيها بشرط إذا اشتريت بصفة فلا يجوز في البعيد الغيبة، واختلف قول مالك في ذلك إذا كانت قريبة الغيبة، فله في المدونة أن ذلك جائز، وله في الموطأ أن ذلك لا يجوز، وهي رواية ابن وهب عن مالك في موطئه؛ ورواية ابن القاسم عنه في أصل سماعه؛ وهذا إذا اشتراها بصفة المخبر والرسول، وأما إذا اشتراها بصفة صاحبها فلا يجوز النقد فيها بشرط على حال قربت الغيبة أو بعدت؛ وأما الرباع فاشتراط النقد فيها جائز ـ قربت غيبتها أو بعدت، وذلك أيضاً إذا لم يشترها بصفة صاحبها، كذلك[٤٦] روى أشهب عن مالك وهو تفسير لما في المدونة وغيرها، وبقية أحكام شراء الغائب يأتي التكلم عليها في مواضعها من الكتاب إن شاء الله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

---

(٤٥) انظر مج ٤ ج ١٠/٧٨ ـ ٧٩، وص ٨٥.
(٤٦) كذلك: ت ح ٢ هـ، كذا: ح ١.

كتاب بيع الخيار[1]

فصــل

في بيان[2] جواز البيع على الخيار، البيع على الخيار جائز لقول رسول الله ﷺ: «**المُتَبَايِعان بِالْخَيَار كُـل وَاحِدٍ مِنْهُما عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا إلاَّ بَيْع الْخَيَار**»[3] وفي بعض الآثار: «**إلاَّ أَن تَكُونَ صَفْقَة خِيَار**» فأخبر ﷺ أن من البيع ما يكون فيه خيار وقال ﷺ لحبان بن منقذ أو لأبيه منقذ بن عمرو الأنصاري على اختلاف في ذلك[4]: «**إذا بَايَعْتَ فَقُلْ لاَ خِلابَةَ وَلَكَ الْخيَارُ ثَلاَثاً**»[5] وذلك أنه قد أتى عليه من السنين ثلاثون ومائة سنة، فكان إذا باع غبن فشكا ذلك إلى النبي ﷺ فقال له: «**إذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لاَ خِلاَبَةَ وَلَكَ الْخَيار ثَلاَثـاً**». فقيل إن ذلك خصوص من النبي ﷺ لذلك الرجل: أن جعل الخيار له ثلاثاً فيما باع أو اشترى ـ وإن لم يشترط ذلك، وقيل بل إنما جعل له رسول الله ﷺ أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثاً مع قوله: لا خلابة، فيكون الحديث على هذا مستعملاً، وأيـاً ما كان، فيه إجازة الخيار في البيع.

---

(١) كتاب بيع الخيار: ت ح ٢ هـ، كتاب بيع الخيار بسم الله الرحمن الرحيم، وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله: ح ١.

(٢) فصل في بيان جواز البيع على الخيار: ت ح ٢ هـ، في جواز بيع الخيار ـ بإسقاط كلمتي فصل وبيان: ح ١.

(٣) حديث متفق عليه ـ مع اختلاف في بعض ألفاظه.
انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٩٦/٥.

(٤) انظر نيل الأوطار ١٩٤/٥.

(٥) حديث متفق عليه، انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٩٣/٥.

فصـل

والخيار في بيع في أصله غرر، وإنما جوزته السنة لحاجة الناس إلى ذلك، لأن المبتاع قد لا يخبر[٦] ما ابتاع فيحتاج إلى أن يختبره ويعلم أن كان يصلح له أم لا وأن كان يساوي الثمن الذي ابتاعه به أم لا، وقد يحتاج في ذلك كله إلى رأي غيره فيريد أن يستشير فيه، فجعل له الخيار رفقاً به، ولا يلزم مثل هذا في النكاح وإن كان الرجل قد يحتاج إلى اختبار الزوجة التي يتزوج والتثبت في أن كانت ممن تصلح له أم لا، والاستشارة في أمرها أكثر مما يحتاج إليه في السلعة التي يبتاع، لأن البيع طريقه المكايسة والمتاجرة، والنكاح طريقه المكارمة والمواصلة، فافترق لذلك موضوعهما.

فصـل

والخيار يكون لوجهين المشورة واختبار المبيع، أو لأحد الوجهين، فالعبد يختبر عقله وخلقه وخدمته وبلادته ونشاطه، وكذلك الجارية يختبر عقلها وخلقها وقوتها على الخدمة وإحكامها لما تتناوله من الطبخ والخبز وما أشبه ذلك من الصنعة، والدار يختبر بناؤها وجيرانها ومكانها وينظر إلى أسسها وحيطانها ومنافعها، والدواب يختبر خلقها وسيرها وقوتها من ضعفها ونشاطها من عجزها وأكلها وحالها في وقوفها[٧] ووضع آلتها عليها وما أشبه ذلك؛ وأما الثياب والعروض فلا وجه للاختبار فيها، وإنما الخيار فيها للمشورة خاصة، أو ليقيس على نفسه ما اشترى من ذلك للباسه.

فصـل

فإن اشترط المشتري الخيار فيما يصح فيه الاختبار ولم يبين أنه إنما اشترط الخيار للاختبار، وأراد قبض السلعة ليختبرها، وأبى البائع من دفعها إليه وقال إنما لك المشورة ـ إذ لم تشترط قبض السلعة في أمد الخيار للاختبار؛ فالقول قول

(٦) يخبر: ت ح ١ ح ٢، يختار: هـ.
(٧) وقوفها: ح ١ ح ٢ هـ، قوتها: ت.

البائع، ولا يلزمه دفعها إليه، إلا أن يشترط ذلك عليه، ولا يكون اشتراط الخيار في العبد والجارية الجمعة ونحوها، وفي الدار الشهر والشهرين بدليل على أنه إنما أراد الاختبار، لأن المشورة في ذلك لا تتساوى أيضاً، بل تفترق بافتراق المبيع، إذ ليس البحث والسؤال عن دار يريد اقتناءها وسكناها ويتعذر عليه الاستبدال بها إذا لم توافقه كالعبد والخادم[8]، ولا[9] العبد والخادم كالسلع التي لا مئونة عليه في بيعها والاستبدال بها.

فصـــل

وللبائع من اشتراط الخيار مثل ما للمبتاع سواء، فإن اشترطه أحدهما كان له الأخذ والرد دون صاحبه، وإن اشترطاه جميعاً جاز أيضاً، فإن اجتمعا على رد أو إجازة، جاز ما اجتمعا عليه من ذلك، وإن اختلفا فأراد أحدهما إمضاء البيع وأراد الآخر رده؛ فالقول قول من أراد رده، ولا يتم البيع إلا باجتماعهما جميعاً على الإجازة؛ لأن الذي أراد إمضاء البيع مسقط لحقه في الرد بائعاً كان أو مبتاعاً، والذي أراد البيع منهما آخذ بحقه غير مسقط له، فلا يسقط بإسقاط الذي أراد إمضاء البيع حق نفسه وهذا بين.

فصـــل

وإذا كانت العلة في إجازة البيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه وإلى الاختبار، فحده قدر ما يختبر فيه البيع ويرتأى فيه ويستشار على اختلاف أجناسه وإسراع التغير إليه وإبطائه عنه، فيجوز الخيار في الدواب اليوم واليومين والثلاثة ولا يجوز فيها أكثر من ذلك، لإسراع التغير إليها، ولأن اختبارها والعلم بما هي عليها من أحوالها، يحصل في هذه المدة؛ إذ ليست من ذوي الميز الذي يخشى منها أن تستر ما فيها من الأخلاق الذميمة، والعيوب التي تزهد فيها وتستعمل ما يرغب فيها من أجله، وكذلك العروض والثياب يجوز الخيار فيها اليوم

---

(٨) والخادم: ح ١ ح ٢، والجارية: هـ، والعبارة ـ برمتها ـ ساقطة في ت.

(٩) ولا: ح ١ ح ٢، ولأن: هـ.

واليومين والثلاثة كالدواب سواء؛ لأنها وإن كانت مما لا يختبر كما تختبر الدواب، فإنها لا يسرع إليها التغير، كما يسرع إلى الدواب، فلم يضيق في أجل الخيار فيها لهذه العلة؛ وأما الرقيق فيجوز الخيار فيها أكثر من ذلك، قال في المدونة الخمسة الأيام والستة إلى الجمعة[10]. وقال ابن المواز الأربعة الأيام والخمسة ولا أفسخه في عشرة، وأفسخه في الشهر، وروى ابن وهب أن مالكاً رحمه الله أجاز الخيار في العبد شهراً وأباه ابن القاسم وأشهب في الشهر، فوجه رواية ابن وهب عن مالك أن الرقيق ذو ميز، فربما ستر العبد والجارية ما فيهما من الأخلاق الذميمة، واستعملا ما يرغب فيهما من أجله، فاحتيج في اختبارهما إلى مدة لا يستتر فيها ما طبعا عليه من الأخلاق غالباً وإن رأى ما ستره وهو الشهر عنده، ووجه قول ابن القاسم أنه وإن كان يحتاج في الرقيق إلى الاختبار الكثير بما وصفناه[11] من علة الميز، فإن الشهر بعيد يتغير إليه الرقيق، فمنع من ذلك لعلة التغير، وأجاز من الخيار فيهما ما قد يحصل فيه الاختبار ومعرفة الحال ولا يخشى معه التغير والانتقال ـ وهو الجمعة ونحوها، وحمل الصغير الذي لا يميز في ذلك محمل الكبير المميز، جعل الباب في ذلك واحداً لما لم يكن لوقت ميزه حد يرجع إليه لا يختلف، وأما الدور التي يحتاج فيها إلا الاختبار ويؤمن عليها التغير، فيجوز الخيار فيها إلى الشهر؛ قال ابن حبيب والشهرين في الدور والأرضين ولم يذكر في المدونة الأرضين وما في الواضحة مفسر لما في المدونة.

فصل

فأمد الخيار في البيع إنما هو بقدر ما يحتاج إليه في الاختبار والارتياء مع[12] مراعاة إسراع التغير إلى المبيع وإبطائه عنه، خلافاً للشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله في قولهما إنه لا يجوز الخيار في شيء من الأشياء فوق ثلاث.

---

(١٠) انظر مج ٤ ج ١٠/١٧٠.

(١١) وصفناه: ح ١ ح ٢ هـ، وصفنا: ت.

(١٢) مع مراعاة: ح ١ ح ٢ هـ، ومراعاة: ت.

فصـــل

فإن زاد في أجل الخيار إلى فوق[13] ما يحتاج إليه، فسد البيع ولم يجز، لخروجه بذلك إلى الغرر الذي لا يجوز في البيوع، وأما إن لم يضربا للخيار أجلاً واشترطاه، فلا يفسد البيع ويضرب لهما[14] من الأجل بقدر ما تختبر إليه تلك السلع، لأن الحد في ذلك معروف، فإذا أخلا بذكره، فإنما دخلا على العرف والعادة.

فصـــل

ولكل واحد من المتبايعين أن يشترط الخيار لغـيره[15] فإن اشترطه أحدهما دون صاحبه لغيره، فاختلف في ذلك على أربعة أقوال، (أحدها) أن ذلك حق لمشترطه من المتبايعين دون صاحبه، فإن كان البائع منهما هو مشترط[16] الخيار لغيره، كان له أن يمضي البيع للمبتاع إن شاء ويرد إن شاء، ولا يلزمه إجازة من اشترط له الخيار ـ إن أراد هو الرد، ولا رده ـ إن أراد هو الإجازة ـ إن أراد المشتري أن يلزمه ذلك. إذ لا حق له في ذلك معه[17]؛ وإن كان المبتاع منهما هو مشترط الخيار لغيره، فكذلك أيضاً يكون بالخيار بين أن يأخذ أو يرد، ولا يلزمه إجازة من اشترط الخيار إن أراد هو الرد، ولا رده إن أراد هو الإجازة وأراد البائع أن يلزمه ذلك، إذ لا حق له في ذلك معه على هذا القول، كالمشورة التي لمشترطها تركها والقضاء بما أحب من رد أو إجازة سواء؛ هذا قول ابن حبيب في الواضحة واختيار ابن لبابة في كتابه المنتخب، (والقول الثاني) أن الرد والإجازة بيد من جعل إليه الخيار، وذلك حق للباقي من المتبايعين دون من اشترط ذلك منهما لغيره، فإن أراد الذي اشترط الخيار منهما لغيره أن يرد أو يجيز وأبى الباقي منهما إلا أن يلزمه ما

---

(١٣) إلى فوق: ح ١ ح ٢ هـ، إلى ما فوق: ت.
(١٤) ويضرب لهما من الأجل: ح ١ ح ٢ هـ، ويضرب للخيار أجل: ت.
(١٥) لغيره: ح ١ ح ٢ هـ، لنفسه: ت.
(١٦) هو مشترط الخيار: ح ١ ح ٢ هـ، هو الذي اشترط: ت.
(١٧) إذ لا حق له في ذلك: ح ١ ح ٢ هـ، لأنه حق له في ذلك: ت.

يقضي به من جعل إليه الخيار من رد أو إجازة، كان ذلك له، هذا قوله في المدونة في المبتاع إذا اشترط الخيار لغيره وله في البائع إذا اشترط الخيار لغيره مثله في موضع منها، لأنه قال فيه فإن رضي فلان البيع فالبيع جائز[18]، ودليل هذا الكلام أنه إن لم يرض ورد فهو مردود ولا كلام في ذلك للبائع الذي اشترط رضاه أو خياره. (والقول الثالث) أن ذلك حق لهما جميعاً، حق للبائع إن أراد إمضاء البيع للمبتاع، وأراد الذي جعل إليه البائع الخيار أن يرد؛ وحق للمبتاع إن أراد الذي جعل إليه البائع الخيار إمضاء البيع، وأراد البائع أن يرد؛ فبيان هذا الوجه أنه إن أراد البائع إمضاء البيع لزم ذلك المبتاع، وإن أراد الذي جعل إليه البائع الخيار أن يرد، وأن أراد الذي جعل إليه البائع الخيار - إمضاء البيع، كان للمبتاع أن يأخذ ولزم ذلك البائع؛ وإن كره وأراد الرد، فيلزم المبتاع البيع؛ وإن كره برضى البائع ويلزم البائع البيع - وإن كره برضا من جعل إليه الخيار، إلا أن يوافق المبتاع البائع على ما أراد من الرد؛ وكذلك إن كان المبتاع منهما هو الذي اشترط الخيار لغيره وأراد الأخذ، كان ذلك له؛ وإن أراد الذي جعل إليه أن يرد ، فإن أراد الذي يشترط له الخيار الإجازة، كان للبائع أن يلزم المبتاع البيع؛ وبيان هذا الوجه أن البيع يلزم البائع وإن كره برضى المبتاع، ويلزم المبتاع وإن كره برضى الذي جعل إليه الخيار؛ هذا قوله في المدونة في البائع إذا اشترط رضى غيره في موضع منها، لأنه قال فيه فإن رضي البائع أو رضي فلان البيع، فالبيع جائز؛ ومثله يلزم في المبتاع على مذهب من لم يرَ بين اشتراط البائع والمبتاع في ذلك فرقاً، وجعل اختلاف جوابه في السؤالين اختلاف قول، لا من أجل افتراق المسئلتين؛ وتأول أبو إسحاق التونسي ما في المدونة في البائع بجعل الخيار لغيره أن ذلك بمنزلة الوكالة، ومن سبق منهما فرده أو أجازه مضى ما فعل؛ قال وهو القياس، ومثله يلزم في المبتاع خلاف ما في المدونة. (والقول الرابع) الفرق بين أن يشترط ذلك البائع أو المبتاع، وعلى ذلك تأول ما في المدونة ابن أبي زيد وأبو إسحاق التونسي وابن لبابة؛ إلا أنهم اختلفوا في التأويل إذا اشترط ذلك البائع: فذهب ابن لبابة إلى أن البيع يلزم المبتاع برضا البائع، ويلزم البائع برضى الذي جعل إليه الخيار؛ ومثله تأويل ابن

---

(١٨) انظر مج ٤ ج ١٠/١٧٨.

أبي زيد، على هذا حمل ابن لبابة قول مالك رحمه الله تعالى في الموطأ[١٩]، وقول ابن نافع في تفسير ابن مزين؛ والأظهر من قولهما ـ عندي ـ أن للذي جعل إليه البائع الخيار الرد والإجازة، وأن ذلك حق للمبتاع؛ وذهب أبو إسحاق التونسي إلى ما حكيناه عنه أن ذلك بمنزلة الوكالة؛ ولم يختلفوا في تأويل ما وقع في المدونة إذا اشترط ذلك المبتاع، والظاهر ـ عندي فيما وقع في المدونة ـ أن ذلك اختلاف من قوله في البائع لا يدخل في المبتاع، فمرة جعل اشتراط البائع ذلك كاشتراط المبتاع، ومرة فرق بينهما؛ وقد قيل إن ما وقع في المدونة ليس باختلاف قول، وإنما يرجع ذلك إلى الفرق بين البائع والمبتاع؛ وقد قيل إن ذلك اختلاف قول يدخل في البائع والمبتاع، وأما المشورة فلا اختلاف بينهم أن لمشترطها تركها، وأن الحق في ذلك لمشترطها من المتبايعين دون صاحبه، إلا ما حكى أبو إسحاق التونسي أن ظاهر ما في كتاب محمد بن المواز رحمه الله تعالى أن المشورة كالخيار في أنه إذا سبق فأشار بشيء لزم وهو بعيد؛ فتأمل قوله في الأصل: وأما ما حكاه أبو إسحاق التونسي عن ابن نافع أن المشورة كالخيار سواء في أن للمشترط مشورته الأخذ أو الرد، فهو نقل غير صحيح؛ لأنه إنما تكلم على مشورة مقيدة بالخيار، وذلك كمجرد الخيار، فتأمل ذلك في تفسير ابن مزين.

فصــل

ولا يجوز للبائع أن يشترط النقد في أيام الخيار، فإن فعل فسخ البيع بذلك، لأن النقد المدفوع يصير مرة[٢٠] ثمناً ـ إن تم البيع، ومرة[٢٠] سلفاً ـ إن لم يتم؛ فإن فعل، فسخ البيع ـ على كل حال وليس كالبيع والسلف الذي إذا أراد مشترط السلف إسقاطه صح البيع على أحد القولين، هذا هو ظاهر المدونة؛ لأنه ذكر القيمة فيمن اشترى بالخيار بيعاً فاسداً، لاشتراطه النقد ثم وجد عيباً ولم يقل الأقل من القيمة أو الثمن. وفي[٢١] كتاب ابن سحنون أنه كالبيع والسلف، ولا فرق

---

(١٩) انظر ص ٤٦٧ ـ حديث (١٣٦٤).

(٢٠، ٢٠) مرة.. ومرة: ت ح ١ ح ٢، تارة، وتارة: هـ.

(٢١) وفي: ح ١ ح ٢ هـ، في: ت.

عندي بين المسئلتين؛ وأما النقد من غير شرط فجائز إلا فيما لا يمكن التناجز فيه بعد أمد الخيار، كالسلم والعبد الغائب والجارية التي فيها المواضعة، لأنه إن تم البيع دخله فسخ الدين.

فصــل

وكما لا يجوز للبائع اشتراط النقد لينتفع به أمد الخيار، فكذلك لا يجوز للمبتاع اشتراط الانتفاع بالمبيع أمد الخيار، لأنه غرر أيضاً إن لم يتم البيع كان قد انتفع بالسلعة باطلاً من غير شيء، وإنما جوز له من ذلك قدر ما يقع به الاختبار ـ خاصة فيما يختبر بالاستعمال كركوب الدابة، واستخدام العبد في الشيء اليسير الذي لا ثمن له.

فصــل

والمبيع بالخيار في أمد الخيـار على ملك البائع كان الخيار له أو للمبتاع أو لهما، فإن تلف فمصيبته منه كان بيده أو بيد المبتاع، إلا أن يكون بيد المبتاع ويغيب عليه وهو مما يغاب عليه ويدعى تلفه، ولا يعرف ذلك إلا بقوله، فلا يصدق في ذلك ويكون عليه قيمة الثمن؛ لأنه يتهم أن يكون غيبه وحبسه عن صاحبه، فذلك رضا منه بالثمن؛ وقد روي عن مالك أن الضمان من المشتري فيما بيع على الخيار ـ إن كان الخيار له ومن البائع ـ إن كان الخيار له ـ وهو قول ابن كنانة.

فصــل

والخيار في هذا بخلاف الاختيار[٢٢] على مذهب ابن القاسم، لأنه إذا اشترى ثوباً من ثوبين أو عبداً من عبدين على أن يأخذ أيهما شاء بثمن قد سماه فتلفا فالضمان في أحدهما مـن البائـع، وفي الثاني من المبتاع ـ قامت على تلفهما بينة أو لم تقم ـ فيكون عليه نصف الثمن، إذ لم يعرف الذي قبضه على الاشتراء من الذي قبضه على الائتمان، وكذلك لو اجتمع الخيار والاختيار على مذهب ابن

---

(٢٢) الاختيار: ت ح ١ ح ٢، الاختبار: هـ.

القاسم، فادعى تلفهما ـ ولم يعرف ذلك، إلا بقوله؛ وأما لو قامت بينة على تلفهما، لكانت مصيبتهما من البائع لأن الواحد قبضه على الائتمان فضمانه من البائع، والثاني على الخيار فضمانه من البائع أيضاً ـ لقيام البينة على تلفه؛ هذا مذهب ابن القاسم في هذه المسئلة، وفيها اختلاف كثير، ولها تفصيل وتفسير ليس هذا موضع ذكره.

فصــل

وإنما يجوز اشتراء[23] الثوب من الثياب على الاختيار والإلزام في الصنف الواحد، وهو في الصنفين من بيعتين في بيعة، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة؛ ومعنى ذلك أن يتناول عقد البيع مبيعين لا يتم البيع مع لزومه للمتبايعين أو لأحدهما إلا في أحد المبيعين؛ وإنما قلنا في أحد المبيعين ولم نقل أحد الثمنين ولا أحد المثمونين، لأعم[24] بذلك الوجهين؛ إذ لا فرق بين أن يتناول ثمنين أو مثمونين على الوجه المذكور، لأن الثمن مبيع بالمثمون، كما أن المثمون مبيع بالثمن.

فصــل

فإذا انعقد البيع في مثمون واحد على ثمنين أو في مثمونين على ثمن واحد، أو في مثمونين على ثمنين، فلا يخلو ذلك من وجهين (أحدهما) أن يجوز تحويل أحدهما في الآخر، (والثاني) أن لا يجوز ذلك؛ فأما إذا لم يجز تحويل أحدهما في الآخر، فإن ذلك لا يجوز باتفاق مع ظهور التهمة؛ فإن سلما من التهمة، جاز ذلك مثل أن يختلف المبيعان فيما عدا الطعام في القلة والكثرة مع النقد أو التساوي في الأجل، أو الاختلاف فيه مثل[25] أن يكون المؤجل أو الذي هو أبعد أجلاً أقل عدداً إذ لا غرض في ذلك يتوخى ويقصد إليه، مثل أن يبيع منه سلعة بدينار نقداً، أو بدينارين نقداً، أو يبيعها منه بدينارين نقداً أو دينارين إلى أجل؛ فهذا وإن كان لا

---

(٢٣) اشتراء: ت ح ١ ح ٢، اشتراط: هـ.
(٢٤) لأعم: ح ١ ح ٢ هـ، لنعم: ت.
(٢٥) مع: ت ح ١ ح ٢، مثل: هـ.

يجوز تحويل أحد الثمنين في الآخر فإن البيع على أحدهما من غير تعيين مع لزومه للمتبايعين أو لأحدهما جائز، لأنه يعلم أن البيع إنما وجب بالأكثر إن كان الخيار للبائع، أو بالأقل إن كان الخيار للمبتاع؛ إذ لا يشك في أنه هو الذي يختار، إذ لا غرض في اختيار الثمن الآخر[٢٦] عليه: وأما الوجه الثاني وهو أن يجوز تحويل أحد الثمنين أو المثمونين في صاحبه، فإن ذلك ينقسم على أربعة أقسام (أحدها) أن يكون الثمنان والمثمونان صنفين مختلفين مما يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر، (والثاني) أن يكونا صنفاً واحداً إلا أن صفتهما مختلفة متباينة، (والثالث) أن يكونا صنفاً واحداً وصفة واحدة، إلا أنهما متفاضلان في الجودة، (والرابع) أن يكونا صنفاً واحداً وصفة واحدة متساويين في الجودة.

فصــل

فأما إن كانا صنفين مختلفين مما يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر فلا يجوز إلا على قول عبد العزيز بن أبي سلمة؛ وكذلك إن كانا صنفاً واحداً إلا أن الصفة اختلفت وتباينت حتى جاز سلم أمرهما في الآخر وأما إن كانا صنفاً واحداً إلا أن صفتهما مختلفة متباينة تبايناً لا يجوز معه سلم أحدهما في الآخر، فيجوز عند ابن المواز وعلى قول عبد العزيز بن أبي سلمة أيضاً؛ وأما إن كانا صنفاً واحداً إلا أنهما متفاضلان في الجودة، فيجوز على ما في المدونة ومذهب ابن المواز وقول عبد العزيز بن أبي سلمة، ولا يجوز عند ابن حبيب؛ وأما إن كانا صنفاً واحداً وصفة واحدة، فيجوز عند جميع أصحابنا، خلافاً للشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله في قولهما إنه لا يجوز لهما أن يفترقا إلا على ثمن معلوم؛ والدليل على صحة قولنا أن الثمن معلوم ودخول الاختيار في أحد الثوبين لا تأثير له في الثمن، وإنما يعود ذلك إلى تعيين المبيع وذلك لا يمنع صحة العقد؛ كما لو اشترى منه قفيز قمح من جملة صبرة فيها أقفزة.

فصــل

والبيع لازم للمتبايعين إذا تم البيع بينهما بالكلام وإن لم يفترقا بالأبدان، إلا

(٢٦) كلمة (الآخر) ساقطة في ت هـ، ثابتة في ح ١ ح ٢.

أن يشترطا[٢٧] الخيار وما روي عن النبي ﷺ من رواية ابن عمر وغيره أنه قال: «**الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخَيارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقا إلاّ بَيْعَ الْخَيارِ**»[٢٨] لم يأخذ به مالك رحمه الله ولا رأى العمل عليه لوجهين، (أحدهما) استمرار العمل بالمدينة على خلافه، وما استمر عليه العمل بالمدينة واتصل[٢٩] فهو عنده مقدم على أخبار الآحاد العدول، لأن المدينة دار النبي ﷺ وبها توفي ﷺ وأصحابه متوافرون فيستحيل أن يتصل العمل منهم في شيء على خلاف ما روي عن النبي ﷺ إلا وقد علموا النسخ فيه. (والثاني) احتماله للتأويل، لأن الافتراق في اللغة يكون بالكلام والإنجاز إلى المعاني والتباين فيها؛ قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات** ﴾[٣٠] وقال تعالى: ﴿ **وَمَا تَفَرَّقَ الذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلاَّ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَة** ﴾[٣١] وقال تعالى: ﴿ **وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِن سَعَتِهِ** ﴾[٣٢] وقال رسول الله ﷺ: «**تَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِين فِرْقَة**»[٣٣] فيكون معنى الحديث أن المتساومين كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يكملا البيع بالقول ويستبد كل واحد منهما بما صار إليه عوضاً عما صار لصاحبه؛ لأن المتساومين يقع عليهما اسم متبايعين، قال رسول الله ﷺ: «**لاَ يَبِع بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ**»[٣٤] فسمى التساوم بيعاً لأن المتبايعين لا يوصفان حقيقة بأنهما متبايعان، إلا في حين مباشرة البيع والتلبس به؛ وأما بعد كماله وانفصال كل واحد منهما عن صاحبه واستبداده بما صار إليه، فلا يوصفان بأنهما متبايعان إلا مجازاً لا حقيقة.

---

(٢٧) يشترطا: ت ح ٢ هـ، يشترط: ح ١.
(٢٨) حديث متفق عليه. انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٩٦/٥.
(٢٩) واتصل فهو: ت ح ١ ح ٢، واتصل به فهو: هـ.
(٣٠) الآية: ١٠٥ ـ سورة آل عمران.
(٣١) الآية: ٤ ـ سورة البينة.
(٣٢) الآية: ١٣٠ ـ سورة النساء.
(٣٣) رواه الأربعة، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٢٠/٢.
(٣٤) حديث متفق عليه.

فصـــل

فإذا احتمل الحديث أن يحمل على هذا لم يصح أن يفرق بين عقد البيع وسائر العقود اللازمة باللفظ إلا بنص جلي لا يحتمل التأويل، وليس ذلك بموجود في مسئلتنا هذه، بل[35] ظاهر القرآن وما في السنن الثابتة والآثار، يدل على أن الأملاك المبيعة تنتقل بتمام اللفظ بالبيع على ما يتراضى عليه المتبايعان وإن[36] لم يفترقا بأبدانهما؛ قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلاَّ أَنْ تَكُونَ تجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** ﴾ فوصف تعالى التجارة التي تنتقل بها الأملاك بالتراضي خاصة دون التفرق بالأبدان، وقال رسول الله ﷺ: «**مَن ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيهُ**»[37]. **فظاهره قبل الافتراق وبعد، لأنه ﷺ أطلق بيعه بعد الاستيفاء من غير أن يقيد ذلك بالافتراق؛ وقال ﷺ**: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَترادَّانِ**»[38] فسواء كان اختلافهما قبل التفرق أو بعده على ظاهر الحديث، والتراد إنما يكون بعد تمام البيع؛ وإنما أدخل مالك رحمه الله هذا الحديث في موطئه[39] عقيب حديث البيعان بالخيار على طريق التفسير له والبيان لمعناه.

فصـــل

وأما قول من قال إن حديث البيعان بالخيار منسوخ بحديث ابن مسعود رضي الله عنـه: إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان، وما أشبهه من ظواهر الآثار، فلا يصح، لأن النسخ إنما يكون فيما يتعارض من الأخبار، ولا يـمكن الجمع بينهما، والجمع بين هذين الحديثين ممكن[40] بحمل التفرق المذكور في الحديث على التفرق بالأبدان أو التفرق بالكلام، وإنما يستدل على أنه منسوخ

---

(٣٥) بل: ح ١ ح ٢ هـ، على: ت.

(٣٦) وإن لم: ح ١ ح ٢ هـ، ما لم: ت.

(٣٧) رواه أحمد ومسلم. انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٦٧/٥.

(٣٨) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، نفس المصدر ٢٣٧/٥.

(٣٩) انظر الموطأ رواية يحيى ص ٤٦٧ ـ حديث (١٣٦٤).

(٤٠) ممكن: ح ٢ هـ، يمكن: ت ح ١.

باستمرار العمل بالمدينة على خلاف ما قدمناه؛ وقد روي عن ابن عمر راوي الحديث ما يدل على أنه حديث ترك العمل بظاهره في زمن الصحابة بالمدينة، إما لنسخ علموه فيه، وإما لتأويل تأولوه عليه، وذلك أنه قال: «**بِعْتُ مِنْ عُثْمَانَ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ مَا بِالْوَادِي بِمَالٍ لِي بِخَيْبَر، فَلَمَّا تبايَعْنا رَجَعْتُ عَلَى عَقِبِي حَتَّى خَرَجْتُ مِنْ عِنْدِهِ خَشْيَةَ أَنْ يُرَادَّ فِي الْبَيْعِ وَكَانَتِ السُّنَّةُ أَنَّ الْبَيِّعَيْنِ بِالخيار مَا لم يَفْتَرِقَا**»(٤١) ولا يقال كان كذا وكذا إلا لما قد كان وذهب، لا لما هو قائم ثابت بعد؛ وفي قوله رضي الله عنه: كانت السنة يريد حين مبايعته عثمان رضي الله عنه وذلك بعد وفاة النبي ﷺ ـ إشكال، لأن النسخ لا يكون بعد وفاة النبي ﷺ فلا وجه لقوله عندي ـ والله أعلم كانت السنة، إلا أنه أراد أي كانت السنة عندي وفي مذهبي ـ على ما كنت أحمل عليه الحديث أن المراد بالتفرق فيه التفرق بالأبدان؛ وهذا يدل على أنه رضي الله عنه رجع عن مذهبه في أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا بأبدانهما ـ إلى أن البيع يلزم المتبايعين بتمام البيع بالكلام ـ وإن لم يفترقا عن مجلسهما.

فصل

فإن قيل إذا قلت في حديث البيعين بالخيار إن المتبايعين هما المتساومان، بطلت فائدة الحديث إذ لا يشك أحد أن المتساومين كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتم البيع بالكلام، هذا معلوم بالفطرة لا يحتاج إلى بيان؛ فالجواب عن ذلك أن فائدة الحديث لا تبطل، لأن المستفاد منه على ما تأولناه: أَن البيع يلزم بمجرد العقد، إلا أن يكون البيع شرط فيه الخيار فيثبت فيه الخيار على حسبما شرط فيه، ويكون الاستثناء في قوله: إلا بيع الخيار مما يقتضيه لفظ الحديث ويدل عليه، كأنه قال: المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا، فإن تفرقا معناه باللفظ فلا خيار لهما إلا في بيع الخيار وهذا بين.

فصل

وقد يحتمل أن تكون فائدة الحديث والمراد به عند من ذهب إلى أن الفرقة

---

(٤١) رواه البخاري، انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٩٩/٥.

(٤٢) ويدل عليه كأنه: ح ١ ح ٢ هـ، ويدل عليه أيضاً كأنه ـ بزيادة (أيضاً): ت.

بالأقوال[٤٣] أن من أوجب البيع من المتساومين لصاحبه، لا يلزمه وله الرجوع عنه في المجلس ما لم يجبه صاحبه[٤٤] بالقبول فيه، وهذا ظاهر إلا أنه ليس على مذهب مالك، وإنما هو قول محمد بن الحسن؛ والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع من المتبايعين لصاحبه، لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول ولم يكن له أن يرجع عنه قبل[٤٥] ذلك ويحتمل أن يكون معنى الحديث وفائدته التي سيق إليها أن المتساومين ما لم يوجب أحدهما لصاحبه البيع فلا يلزم البائع البيع بما طلب من الثمن ولا المبتاع الأخذ بما بذل منه في حال المساومة، وإن لكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ما لم يتم البيع بالكلام، وهذا يأتي على قول مالك في المدونة.

فصــل

وإذا حمل الحديث على هذا جاز أن يحمل الاستثناء في قوله في الحديث إلا بيع الخيار على ما تقدم، وأن يحمل على معنى أن يقول أحدهما لصاحبه اختر أو رد فيختار، فيلزم بذلك البيع وينقطع به الخيار على ما روي في بعض الآثار: أَن «**الْمُتَبَايعين كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِه بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا إلاَّ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُما لِصَاحِبِهِ اخْتر**»[٤٦]؛ وهذا اللفظ تعلق به الشافعي وكل من حمل الحديث على ظاهره فرأى الخيار للمتبايعين وإن تم البيع بينهما بالكلام ما لم يفترقا بالأبدان، والتأويل الأول أظهر، لأن لفظ الخيار إذا أطلق في الشرع إنما يفهم منه إثبات الخيار لا قطعه، ومن أهل العلم من ذهب إلى أن المراد بالفرقة فرقة الأبدان إلا أنها فرقة تحل العقد وتبطل ما أوجبه أحد المتبايعين على نفسه لصاحبه، وهو معنى حسن يخرج على المذهب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

---

(٤٣) الفرقة بالأقوال: ح ١ ح ٢ هـ، التفرقة إنما هي بالأقوال: ت.
(٤٤) صاحبه بالقبول: ح ١ ح ٢، الآخر بالقبول: ت، والعبارة ـ برمتها، ساقطة في هـ.
(٤٥) قبل: ح ١ ح ٢ هـ، بعد: ت.
(٤٦) حديث متفق عليه، انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٩٦/٥.

كتاب العيوب

تحريم التدليس بالعيوب، أصل[1] **ما بنيت عليه أحكام هذا الكتاب: كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ، وذلك أن الله تبارك وتعالى نهى عن أكل المال بالباطل في** كتابه وعلى لسان رسوله ﷺ، فقال تعالى: ﴿ **يا أَيُّها الذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ** ﴾[2] وقال: ﴿ **وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ** ﴾[3] وقال النبي ـ ﷺ ـ في خطبته المشهورة: «**أَلاَ إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْراضَكُمْ عَلَيكُمْ حَرَامٌ كَحرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا في شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا أَلا هَلْ بَلَّغْتُ أَلاَ هَلْ بَلَّغْتُ أَلاَ هَلْ بَلَّغت**»[4] وقال رسول الله ﷺ: «**لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه**»[5]، والتدليس بالعيوب من أكل المال بالباطل الذي حرمه الله في كتابه وعلى لسان رسوله ﷺ، ومن الغش والخلابة اللذين نهى عنهما رسول الله ﷺ فقال لحيان بن منقذ «**إذا بايعت فقل لا خلابة**»[6] وقال: «**من غشنا فليس منا**»[7] أي ليس

---

(١) كتاب العيوب، تحريم التدليس بالعيوب أصل: ت ح ٢ هـ، كتاب العيوب بسم الله الرحمان الرحيم وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد أصل: ح ١.

(٢) تكرر ذكر الآية والإشارة إليها في الأبواب السابقة.

(٣) الآية: ١٨٨ ـ سورة البقرة.

(٤) أخرجه أبو داود، انظر السنن ٤٤٢/١.

(٥) أخرجه أحمد، انظر المسند ٧٢/٥.

(٦) مر تخريجه آنفاً.

(٧) رواه الترمذي من حديث أبي هريرة، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ١٨٥/٦.

(٨) أي ليس: ح ١ ح ٢ هـ، ومعناه: ليس: ت.

على مثل هدينا وطريقتنا لأن الغش لا يخرج الغاش من الإيمان، فهو معدود في جملة المؤمنين[٩] إلا أنه ليس على هديهم وسبيلهم، لمخالفته إياهم في التزام ما يلزمه في شريعة الإسلام من النصح لأخيه المسلم قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **إِنَّمَا الْمُؤمِنُونَ إخوة**﴾[١٠] وقال النبي ﷺ: «**الْمُؤْمِنُ أَخُ الْمُؤْمِنِ يَشْهَدُه إذا مَاتَ، وَيَعُودُهُ إذا مَرِضَ وَيَنْصَحُ لَهُ إِنْ غَابَ أَوْ شَهد**»[١١] **وقال** ﷺ: «**لاَ تَبَاغَضُوا وَلاَ تحَاسَدُوا وَلاَ تَدَابَرُوا وَكُونُوا عِبادَ الله إِخْوَاناً**»[١٢]، فلا يحل لامرىء مسلم أن يبيع عبداً أو أمة أو سلعة من السلع أو داراً أو عقاراً أو ذهباً أو فضة أو شيئاً من الأشياء ـ وهو يعلم فيه عيباً قلّ أو كثر حتى يبين ذلك لمبتاعه ويقفه[١٣] عليه وقفاً يكون علمه به كعلمه، فإن لم يفعل ذلك وكتمه العيب وغشه بذلك، لم يزل في مقت الله ولعنة ملائكة الله، روي عن واثلة بن الأسقع أنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**مَنْ بَاعَ عَيْباً لَمْ يُبَيِّنْهُ لَمَ يَزَلْ في مَقْتِ الله أو لَمْ تَزَلِ الْملائِكَةُ تَلعَنُهُ**»[١٤]، وقد يحتمل أن يحمل قوله من غشنا فليس منا على ظاهره فيمن غش المسلمين مستحلاً لذلك، لأنه من استحل التدليس بالعيوب والغش في البيوع وغيرها، فهو كافر حلال الدم يستتاب، فإن تاب من ذلك[١٥] وإلا قتل.

فصل

والعيوب تنقسم على قسمين عيب يمكن التدليس به، وعيب لا يمكن التدليس به؛ أما ما لا يمكن التدليس به، فلا يجب الرد به في القيام ولا الرجوع بقيمته في الفوات. وهو على وجهين، (أحدهما) ما استوى البائع والمبتاع في الجهل بمعرفته وكان في أصل الخلقة باتفاق أو لم يكن في أصلها على اختلاف لم

---

(٩) المؤمنين: ح ١ ح ٢ هـ، المذنبين: ت.

(١٠) الآية: ١٠ ـ سورة الحجرات.

(١١) أخرجه مسلم مختصراً، ولم أقف على من خرجه مطولاً هكذا.

(١٢) رواه مسلم من حديث أبي هريرة، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٣٨٦/٦.

(١٣) ويقفه: ح ١ ح ٢ هـ، ويوقفه: ت.

(١٤) أخرجه ابن ماجه في السنن، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٢/٦.

(١٥) جملة (من ذلك)، ساقطة في ح ١ هـ.

يختلف أصحاب مالك في جملة هذا، واختلفوا في تفصيله على ما سيأتي في موضعه من الكتاب إن شاء الله، (والثاني) ما استوى البائع والمبتاع في المعرفة به وذلك ما كان من العيوب ظاهراً لا يخفى، وأما ما يمكن التدليس به فإنه على ثلاثة أوجه، (أحدها) أن لا يحط من الثمن شيئاً ليسارته، أو لأن المبيع لا ينفك منه، (والثاني) أن التدليس يحط من الثمن يسيراً[١٦]، (والثالث) أن يحط منه كثيراً؛ فأما ما لا يحط من الثمن شيئاً ليسارته، أو لأن المبيع لا ينفك منه، فإنه لا حكم له، وأما ما يحط من الثمن يسيراً[١٦] فإنه لا يخلو من أن يكون في الأصول أو في العروض، فإن كان في الأصول فإنه لا يجب به الرد وإن كان المبيع قائماً وإنما الواجب فيه الرجوع بقيمة العيب، وذلك كالصدع في الحائط وما أشبه ذلك؛ وأما إن كان في العروض، فظاهر الروايات في المدونة وغيرها أن الرد يجب به كالكثير سواء، وقيل إنه كالأصول لا يجب الرد به وإنما فيه الرجوع بقيمته، وعلى هذا كان الفقيه ابن رزق رحمه الله يحمل ظاهر الروايات حيثما وقعت ويقول لا فرق بين الأصول في ذلك والعروض، ويؤيد تأويله في ذلك أن زياداً روى عن مالك رحمه الله فيمن ابتاع ثوباً فإذا فيه خرق يسير يخرج في القطع أو نحوه من العيوب لم يرد به، ووضع عنه قدر العيب، وكذلك هو في جميع الأشياء وقعت هذه الرواية في الكتاب الجامع لقول مالك رحمه الله المؤلف للحكم، وفي المختصر الكبير نحوه؛ قال ولا يرد من العيوب إلا من عيب كثير ينقص ثمنه وتخاف عاقبته ولا ينظر في ذلك إلى ما يرده التجار فانظر في ذلك.

فصل

ولا أعرف للمتقدمين من أصحابنا حداً في اليسير الذي لا يجب الرد به في العقار أو في الدور والعروض[١٧] على أحد القولين، وقد رأيت لابن عتاب رحمه الله تعالى أنه سئل عن العيب الذي يحط من الدار ربع الثمن، فقال ذلك كثير يجب الرد به، وقال ابن القطان إن كان قيمة العيب مثقالين فهو يسير يرجع المبتاع

(١٦، ١٦) الثمن يسيراً: ح ١ ح ٢ هـ، الثمن شيئاً يسيراً: ت.

(١٧) في العقار، أو في الدور والعروض: ت ح ١، في الدور والعروض: هـ.

بهما على البائع ولا يرد البيع، وإن كان قيمته عشرة مثاقيل فهو كثير يجب الرد به، فقال إن عشرة مثاقيل كثير ولا يبين من أي الثمن، والذي عندي أن عشرة مثاقيل من مائة[18] مثقال كثير يجب الرد به.

فصل

وأما ما يحط من الثمن كثيراً فلا يخلو المبيع فيه من خمسة أحوال (أحدها) أن يكون بحسبه لم يُدخله زيادة ولا نقصان، (والثاني) أن يَدخله زيادة، (والثالث) أن يدخله نقصان ولا تفوت عينه، (والرابع) أن تفوت عينه أو أكثر العين بخروجه عن ملكه، (والخامس) أن يعقد فيه عقداً يمنعه من رده.

فصل

فأما الحال الأولى وهو أن يكون المبيع قائماً بحسبه لم يَدخله زيادة ولا نقصان فإن المبتاع فيه بالخيار بين أن يرد ويرجع بجميع الثمن، أو يمسك ولا شيء له من الثمن، والأصل في ذلك حديث المصراة وهو قوله ﷺ: «**لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر**»[19].

فصل

وأما الحال الثانية وهو أن يدخل المبيع زيادة فإن الزيادة لا تخلو من خمسة أوجه (أحدها) زيادة بحوالة الأسواق، (والثاني) زيادة في حال المبيع، (والثالث) زيادة في عين المبيع بنماء حادث فيه أو بشيء من جنسه مضاف[20] إليه، (والرابع) زيادة من غير جنس المبيع مضافة إليه، (والخامس) ما أحدثه المشتري في المبيع من صنعة مضافة إليه كالصبغ والخياطة وما أشبه ذلك مما لا ينفصل عنه إلا بفساد.

---

(١٨) مائة مثقال كثير: ت ح ٢ هـ، مائة كثير: ح ١.

(١٩) أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة، انظر الفتح الكبير ٣٢٧/٣.

(٢٠) شيء من جنسه يضاف: ت ح ٢ هـ، بشيء من جنسه مضاف: ح ١.

فصـــل

فأما الزيادة بحوالة الأسواق فإنه لا يعتبر بها ولا توجب للمبتاع خياراً، وكذلك الزيادة في حال المبيع، مثل أن يكون عبداً فيتعلم الصناعات ويتخرج فتزيد قيمته لذلك، وأما الزيادة في عين المبيع لنماء حادث فيه كالدابة تسمن أو الصغير يكبر أو بشيء من جنسه مضاف إليه كالولد يحدث للمبيع، فاختلف أصحابنا في ذلك: فلهم في الدابة تسمن والولد يحدث قولان، (أحدهما) أن ذلك ليس بفوت وهو مخير بين أن يرد الدابة بحالها، أو يردها بولدها إن حدث لها ولد أو يمسك ولا شيء له، (والثاني) أن ذلك فوت وهو مخير بين أن يرد الدابة بحالها أو يردها بولدها إن حدث لها ولد، وبين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب، ولهم في الصغير يكبر هذان القولان، وقول ثالث في المدونة أن ذلك فوت وله قيمة العيب ولا خيار له في الرد، ولا فرق بين المسائل الثلاث ما لم يكن الكبر نقصاً كالهرم وما أشبه ذلك.

وأما الزيادة المضافة إلى المبيع من غير جنسه، فذلك مثل أن يشتري العبد ولا مال له فيفيد عنده مالاً بهبة أو صدقة أو كسب من تجارة ما لم يكن ذلك من خراجه أو يشتري النخلة ولا ثمرة فيها فتثمر عنده ثم يجد عيباً، فإن هذا لا اختلاف فيه أن ذلك لا يوجب له خياراً ويكون مخيراً بين أن يرد العبد وماله والنخل بثمرتها ما لم تطب ويرجع بالسقـــي والعلاج على مذهب ابن القاسم، أو يمسك ولا شيء له في الوجهين جميعاً.

وأما الزيادة بما أحدثه المشتري في المبيع من صنعة: مضافة إليه كالصبغ والخياطة والكمد وما أشبه ذلك مما لا ينفصل عنه إلا بفساد، فلا اختلاف أن ذلك يوجب له الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب، أو يرد ويكون شريكاً بما زاد مما أحدثه من الصبغ وشبهه، لأنه أخرج ماله فيه، فلا يذهب هدراً.

فصـــل

ووجه العمل في ذلك: أن يقوم الثوب يوم البيع سليماً من عيب التدليس فإن كان قيمته مائة قوم أيضاً يوم البيع بقيمة التدليس فإن كانت قيمته ثمانين، قوم أيضاً

يوم الحكم غير مصبوغ، فإن كانت قيمته خمسة وثمانين، قوم أيضاً يوم الحكم مصبوغاً؛ فإن كانت قيمته خمسة وتسعين، كان مخيراً بين أن يمسك ويرجع بخمس الثمن، أو يرد ويأخذ جميع الثمن ويكون شريكاً في الثوب بما يقع للعشرة التي بين القيمتين من الخمسة والتسعين ـ وذلك جزآن من تسعة عشر، وإن كانت الأسواق حالت بنقصان، لم يقوم يوم الحكم غير مصبوغ وقوم مصبوغاً، فإن كانت قيمته يوم الحكم مصبوغاً خمسة وثمانين، كان شريكاً في الثوب إن رده بجزء من سبعة عشر ـ وهو ما تقع الخمسة التي بين قيمته يوم الحكم مصبوغاً، وبين قيمته يوم الشراء غير مصبوغ من قيمته يوم الحكم مصبوغاً؛ وتحصيل هذا الذي قلناه: أن الأسواق إن كانت حالت بزيادة، لم يكن بُدٌّ أن يقوم في الرد يوم الحكم مصبوغاً وغير مصبوغ؛ إذ لا يصح أن يكون شريكاً بما زادت الأسواق؛ وإن كانت الأسواق حالت بنقصان لم يقوم يوم الحكم إلا مصبوغاً خاصة، وكان شريكاً بما زادت قيمته يوم الحكم مصبوغاً على قيمته يوم الشراء غير مصبوغ على ما ذكرناه؛ وهذا قول بعض أهل النظر ـ وفيه عندي نظر، والقياس أن يقوم يوم الحكم مصبوغاً وغير مصبوغ؛ وإن حالت الأسواق بنقصان، فيكون شريكاً بما زاد الصبغ على كل حال، لأن حوالة الأسواق ليس بفوت في الزيادة ولا في النقصان ويلزم البائع أن يأخذ ثوبه بزيادته ونقصانه، فكما تكون له الزيادة، ولا يشاركه بها المبتاع، وإنما يشاركه بما زاد الصبغ خاصة، فكذلك يكون عليه النقصان ويشاركه المبتاع بما زاد الصبغ ولا ينقص من ذلك بسبب نقصان حوالة الأسواق.

فصل

وأما الحال الثالثة وهو أن يدخل المبيع نقصان فإن النقصان أيضاً لا يخلو من خمسة أوجه (أحدها) نقصان بحوالة الأسواق، (والثاني) نقصان بتغير حال المبيع، (والثالث) نقصان بتغير عين المبيع، (والرابع) نقصان من غير جنس المبيع، (والخامس) بما أحدثه المبتاع في المبيع؛ فأما النقصان بحوالة الأسواق فلا يعتبر به، وهو مخير بين أن يرد ولا شيء عليه أو يمسك ولا شيء له؛ وأما النقصان بتغير حال المبيع مثل أن يشتري الأمة فيزوجها أو العبد فيتزوج، أو يزني أو يسرق

أو يشرب خمراً أو ما أشبه ذلك مما تنتقص به قيمته، فاختلف في ذلك، قال في المدونة في الذي يشتري الأمة فيزوجها ثم يجد عيباً أن التزويج نقصان ولا يردها إلا وما نقص النكاح منها، معناه أو يمسك.ويرجع[٢١] بقيمة العيب قال ابن حبيب إن ما أحدثه العبد من زنا وشرب خمر أو سرقة، فإن ذلك ليس بنقص يرد معه المشترى ما نقصه إذا وجد به عيباً، وقد يحتمل أن يفرق بين الوجهين بأن التزويج عيب يعلم حدوثه بعد الشراء، فلا يرده إلا أن يرد معه ما نقصه وما ظهر بالعبد من السرقة وشرب الخمر والزنا بعد الشراء لا يدري لعله كان كامناً فيه من قبل الشراء فلم يلزمه رد ما نقصه؛ وبهذا المعنى فرقوا بين الشاهد يشهد للمرأة ثم يتزوجها قبل الحكم لها بشهادته، أو يشهد الرجل ثم تقع بينه وبينه خصومة وعداوة قبل الحكم بشهادته وبين الشاهد يشهد للرجل ثم يحدث شرب خمر[٢٢] أو زنا أو سرقة قبل الحكم بشهادته أن شهادته مردودة في هذا[٢٣] وجائزة في المسألتين الأوليين. . .

فصـــل

فإذا قلنا بهذا، فالنقصان في حال المبيع ينقسم على وجهين، (أحدهما) نقصان يعلم حدوثه بعد الشراء، ونقصان يظهر سببه بعد الشراء ولا يدرى هل حدث بعده أو قبله[٢٤] وأما النقصان بتغير عين المبيع، فإنه لا يخلو من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون يسيراً، (والثاني) أن يكون كثيراً ولا يـذهب بجل المبيع ويتلف أكثر منافعه، (والثالث) أن يذهب جله ويتلف أكثر منافعه؛ فأما النقصان اليسير كذهاب الظفر والأنملة من الوخش والحمى والرمد وصرع الجسم وما أشبه ذلك، فليس بفوت ويخير المبتاع بين أن يمسك ولا شيء له أو يرده ولا شيء عليه، وأما النقصان الكثير إذا لم يذهب بجل المبيع، ولا أتلف أكثر منافعه؛ فإنه يوجب للمبتاع الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب، وبين أن يـرد ويرد ما نقص منه

---

(٢١) ويرجع: ت ح ١ ح ٢، فيرجع: هـ.
(٢٢) شرب خمر: ت ح ٢، شرباً: ح ١ هـ.
(٢٣) هذا: ح ١ ح ٢ هـ، هذه: ت.
(٢٤) بعده أو قبله: ح ١ ح ٢ هـ، قبله أو بعده = ت.

العيب الحادث عنده خلافاً للشافعي وأبي حنيفة في قولهما: إنه ليس له أن يرد، ويرد ما نقصه العيب الحادث عنده، إنما له أن يمسك ويرجع بقيمة العيب؛ والدليل على صحة قولنا قول رسول الله ﷺ من ابتاع شاة مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر[٢٥]، وجه الدليل من هذا الحديث أن المبتاع لما أتلف بعض المبيع ـ وهو اللبن المصرى في الضرع خيره النبي ـ عليه السلام ـ بين أن يرد ويغرم قيمة ما أتلف من اللبن وهو الصاع وبين أن يمسك وهذا نص في موضع الخلاف؛ ومن جهة المعنى والقياس أن هذين عيبان حدث أحدهما عند البائع والثاني عند المبتاع، وكل واحد منهما غير راض بالتزام ما حدث عند صاحبه بقيمته، فلما تعارض الحقان كان أولاهما بالتغليب حق المبتاع، لأنه لم يدلس ولا أخطأ على صاحبه، والبائع لا يخلو من أن يكون دلس على المبتاع أو أخطأ عليه بأن باع منه معيباً على أنه صحيح ولم يتثبت في ذلك.

فصــل

ووجه العمل في هذا إن أراد أن يمسك أو يرجع بقيمة العيب أن يقال ما قيمتها يوم البيع سليمة من عيب التدليس ومن العيب الحادث عند المشتري فإن قيل مائة قيل ما قيمتها يومئذ بعيب التدليس سليمة من العيب الحادث عند المشتري، فإن قيل ثمانون رجع المبتاع على البائع بخمس الثمن، كان أقل من ماله أو أكثر؛ لأن البائع لم يدفع إليه إلا أربعة أخماس ما باع منه وأخذ منه ثمن الجميع، فوجب أن يرد خمس الثمن؛ لأنه قبضه باطلاً بغير عوض، وإن أراد أن يرد ويرد ما نقصها العيب الحادث عنده، قيل ما قيمتها أيضاً يومئذ بعيب التدليس وبـالعيب[٢٦] الحادث عنده؟ فإن قيل ستون وقيمتها يومئذ سليمة مائة، وبعيب التدليس ثمانون ـ كما ذكرنا ـ كان على المبتاع خمس الثمن، وإن شئت قلت ربع الثمن بعد أن يسقط منه خمسه؛ لأنه دلس بخمس المبيع فأخذ خمس الثمن باطلاً وذلك سواء، لأن هذا الجزء هو الذي ذهب عند المبتاع فيمضي ما ينوبه من

---

(٢٥) رواه الجماعة.

(٢٦) وبالعيب: ح ١ ح ٢ هـ، والعيب: ت.

الثمن، وذلك أنه قبض على هذا التنزيل أربعة أخماس المبيع، وبقي عند البائع خمسه؛ فذهب عنده ربع ما قبض وهو خمس الجميع، فذلك الذي يلزمه ثمنه ويسقط عنه سائر الثمن، إن كان لم يدفعه، وإن كان قد دفع الثمن، رجع بأربعة أخماسه وبقي للبائع خمسه، لأن الخمس الذي تلف عند المبتاع مصيبته منه فيمضي بالثمن كما لو اشترى سلعة فاستهلك خمسها بانتفاع بأكل أو جناية ووجد بالباقي عيباً رده ولزمه خمس الثمن بما استهلك؛ وهذا كله بين لا خفاء به ولا ارتياب في صحته، فلا بد على هذا في الرد من ثلاث قيم، وفي الإمساك من قيمتين؛ وقال أحمد بن المعدل إن أراد أن يمسك ويرجع بقيمة العبد، فليرجع بقيمته من الثمن الذي اشتراها به، كقول ابن القاسم سواء، وإن أراد أن يرده فليرده ويرد قيمة العيب يوم الرد فينظر كم[27] قيمته يومئذ وبه العيب القديم وكم قيمته بالعيب الثاني فيرد معه قيمة العيب الثاني، وهو ما بين القيمتين دون أن يرجع في ذلك إلى أصل الثمن؛ لأنه فسخ بيع؛ ألا ترى لو نما العبد أو نقص لرد بنمائه ونقصانه ولا شيء عليه؛ فكذلك يرد قيمة العيب يوم الرد بخلاف العيب القديم، لأن العيب القديم البائع ألزمه المشتري يوم الشراء، فيومئذٍ ينظر إلى قيمته ويرجع عليه المبتاع في الثمن الذي أخذه منه ولم ينفسخ بينهما بيع. قال أحمد وما علمت أحداً من أصحابنا تكلم عليها قلت تكلم عليها أحمد بن المعدل وحده وكل مجر بالخلاء يسري ولو رأى كلام ابن القاسم وتدبره، لبان له صوابه ولم يسعه خلافه؛ لأن ما نقصه العيب الحادث قد فات بيد المبتاع، فتم فيه البيع، فوجب عليه ما ينوبه من الثمن، وهذا بين.

فصـــل

وأما إن ذهب النقصان بجل المبيع وأتلف أكثر منافعه مثل أن يفقأ عيني العبد جميعاً، فيبطله، أو يقطع يديه أو رجليه أو يشترى صغيـراً فيهرم، أو ثوباً فيقطعه تبابين، ومثله لا يقطع تبابيـن فيفسده بذلك وما أشبهه، فإن هذا كله كذهاب عينه، فلا يجب للمبتاع إلا الرجوع بقيمة العيب.

(٢٧) فينظر: ح ١ هـ، وينظر: ت، ينظر: ح ٢.

فصـــل

وأما النقصان من غير المبيع مثل أن يشتري النخل بثمرتها(٢٨) قبل الطياب قبل الإبار أو بعده، أو العبد بماله فيذهب مال العبد بتلف أو ثمر النخل بجائحة أتت عليه ثم يجد به عيباً، فإن هذا ليس فيه اختلاف أن ذلك ليس بفوت، وهو بالخيار بين أن يرد(٢٩) ولا شيء عليه أو يمسك ولا شيء له؛ وأما النقصان بما أحدثه المبتاع في المبيع مما جرت العادة أن يحدث فيه مثل أن يشتري الثوب فيصبغه أو يقطعه فينقص لذلك من ثمنه، فإن هذا فوت باتفاق، والمشتري مخير بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب، أو يرد ويرد ما نقصه ذلك عنده؛ إلا أن يكون مدلساً فلا يكون عليه بالنقصان شيء يرده من أجله، واختلف إن أراد أن يمسك هل له أن يرجع بقيمة العيب أم لا على قولين، أحدهما قول ابن القاسم إن ذلك له، والثاني قول ابن المواز وأصبغ إن ذلك ليس له فيما كان نقصه بغير صناعة كالقطع؛ وإنما يكون له ذلك فيما كان نقصه بصناعة كالصبغ وشبهه، ولكلا القولين وجه من النظر، وهو محمول على غير التدليس حتى يثبت ذلك عليه أو يقربه على نفسه؛ فإن أنكر أن يكون علم أو ادعى أنه نسي، أحلف على ذلك؛ فإن حلف، خير المبتاع عند ابن القاسم؛ وحكى ابن المواز عن مالك أنه لا يحلف إلا بعد أن يخير المبتاع فيختار الرد، إذ لا معنى ليمينه إذا اختار الإمساك والرجوع بقيمة العيب.

فصـــل

وهذه إحدى خمس المسائل التي يفترق فيها حكم المدلس من الذي لم يدلس، (والثانية) أن يصيب المبيع عند المشتري عيب أو عطب من العيب الذي باعه به مثل أن يبيعه آبقاً فيأبق عند المشتري، أو سارقاً فيسرق عند المشتري فتقطع يده وما أشبه ذلك؛ فإنه إن كان البائع مدلساً بذلك البيع، كان ضمان ما أصابه عند المشترى منه، وإن لم يكن مدلساً، فلا ضمان في ذلك من المشتري؛ (والثالثة)

(٢٨) ثمرتها: ت ح ١ ح ٢، ثمرها: هـ.
(٢٩) يرد: ح ١ ح ٢ هـ، يرده: ت.

أن يبيع الرجل سلعة وبها عيب ثم يشتريها من المبتاع بأكثر من الثمن الذي باعها به منه؛ فإن كان مدلساً لم يكن له الرجوع على المبتاع، وإن كان غير مدلس رجع عليه بما زاده على الثمن، (والرابعة) أن من دلس في سلعة بعيب فردت عليه به لم يلزم السمسار أن يرد الجعل بخلاف إذا لم يدلس، (والخامسة) من باع بالبراءة مما يجوز بيعه بالبراءة، فإنه يبرأ مما لم يعلم به ولا يبرأ مما علم به فدلس به.

فصل

وأما الحال الرابعة وهو أن يذهب عين المبيع، فلا يخلو من وجهين (أحدهما) أن يكون ذهابه بخروجه عن ملكه بعوض، (والثاني) أن يكون خرج عن ملكه بغير عوض، فأما الوجه الأول وهو أن يخرج عن ملكه بعوض وذلك أن يبيعه أو يهبه للثواب فإنه لا يخلو أيضاً من وجهين (أحدهما) أن يبيعه من بائعه، (والثاني) أن يبيعه من غير بائعه فأما إن باعه من بائعه بمثل الثمن فلا شيء عليه، لأنه كان قد رده عليه وإن باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بتمام الثمن، فيكون كأنه قد رده عليه؛ فإن لم يثبت قدم العيب عند البائع الأول وأمكن أن يكون حدث عند المشتري الأول وهو البائع الثاني، حلف البائع الأول بالله ما كان عنده يوم باعه على البت إن كان ظاهراً أو على العلم إن كان خفياً باطناً ـ ولم يكن للمشتري الأول ـ وهو البائع الثاني ـ أن يرجع عليه بشيء، وكان له هو أن يرده عليه ـ وإن أمكن أيضاً أن يكون حدث عند البائع الأول بعد ـ أن اشتراه من المشتري الأول، حلف البائع الثاني وهو المشتري الأول أن العيب لم يحدث عنده في علمه إن كان خفياً، ولم يكن للبائع الأول وهو المشتري الثاني أن يرد عليه ولزمه البيع فيه بالثمن الثاني، إذ قد برىء من غرم ما بين الثمنين بيمينه، أو لأن العيب لم يحدث عنده وإن باعه منه بأكثر من الثمن الذي اشتراه به منه وكان البائع الأول قد علم بالعيب فدلس به لزمه البيع ولم يكن له أن يرده على المشتري الأول وهو البائع الثاني فإن كان البائع لم يعلم بالعيب، كان له أن يرده على المشتري الأول ـ وهو البائع الثاني، ثم كان للبائع الثاني وهو المشتري الأول أن يرده على البائع الأول وهو المشتري الثاني، فإن رده كل واحد منهما على صاحبه، تقاصا بالثمن ورجع

المشتري الثاني على المشتري الأول بالزيادة؛ فإن لم يثبت قدم العيب عند البائع الأول وأمكن أن يكون حدث عند المشتري الأول ـ وهو البائع الثاني، كان للبائع الأول أن يرده على البائع الثاني ـ وهو المشتري الأول؛ فإن رده عليه ـ وأراد هو أن يرده على البائع الأول ـ لم يكن ذلك له إذا لم يثبت أن العيب كان به عنده ولزمته اليمين ما علم أن العيب كان به عنده إن كان من العيوب التي تخفى وإن كان من العيوب الظاهرة حلف على البت على مذهب ابن القاسم، وإن أمكن أن يكون العيب حدث أيضاً عند البائع الأول بعد أن اشتراه من المشتري الأول، حلف المشتري الأول وهو البائع الثاني أنه ما علم أن العيب حدث عنده، ولزم البائع الأول العبد[30] ولم يكن له رده وأما إن باعه ـ من غيره، فقال ابن القاسم في المدونة هو فوت ولا يرجع على البائع للعيب بشيء لأنه لا يخلو من أن يكون علم بالعيب فباعه على معرفة فهو رضا منه، أو لم يكن علم فلم ينقص بسبب العيب شيء، قال سماع عيسى إلا أن يرجع عليه بشيء فيرجع بقيمة العيب من ثمنه الذي اشتراه به ظاهر الرواية، وإن كان ذلك أكثر مما رجع به عليه؛ وكذلك لو نقص بسبب العيب شيئاً وإن كان قد باع بمثل الثمن أو أكثر منه مثل أن يبيعه وكيلٌ له ويبين العيب أو يبيعه هو ويبين العيب ـ وهو يظنه حدث عنده لوجب أن يرجع بقيمة العيب بالغة ما بلغت ـ على قياس هذه الرواية، ومعنى ما في المدونة، ولابن القاسم في كتاب ابن المواز أنه إن باعه بأقل من الثمن ونقص بسبب العيب، رجع على البائع بالأقل من بقية رأس ماله أو قيمة العيب ما شاء من ذلك البائع مخير، فلو باع[31] على قول ابن القاسم هذا بمثل الثمن أو أكثر لم يكن له على البائع رجوع وإن كان قد نقص بسبب العيب، ومن قوله أيضاً في كتاب ابن المواز أنه إن باعه ففات عند المبتاع الثاني فرجع عليه بقيمة العيب رجع هو على بائعه بالأقل من قيمة العيب من ثمنه هو، أو بما رجع به عليه ظاهره وإن كان ذلك أكثر من بقية رأس ماله خلاف ما تقدم له من أنه إذا نقص بسبب العيب يرجع على البائع بالأقل من بقية رأس ماله أو قيمة العيب، ولم يحمله محمد بن المواز على الخلاف فقال فيه يريد ما لم يكن

---

(٣٠) العبد: ح ١ ح ٢ هـ، العيب: ت.

(٣١) فلو: ح ١ ح ٢، ولو: هـ، وأن: ت.

ذلك أكثر من بقية رأس ماله، فإنما له الرجوع بالأقل من ثلاثة أشياء والصواب أن ذلك اختلاف من قوله؛ فيتحصل له في المسئلة ثلاثة أقوال، (أحدها) أنه إن رجع عليه في العيب شيء أو نقص بسببه من الثمن شيء رجع على البائع منه بقيمة العيب من ثمنه بالغاً ما بلغ ـ وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، (والثاني) أنه يرجع عليه بالأقل من قيمة العيب من ثمنه أو ممن رجع به عليه وهو أحد قولي ابن القاسم في كتاب ابن المواز، (والثالث) أنه يرجع عليه بالأقل من قيمة العيب من ثمنه أو مما رجع به عليه أو من بقية رأس ماله الأقل من الثلاثة الأشياء، وهو اختيار ابن المواز وأحد قولي ابن القاسم في كتابه، وقال أشهب إذا باعه وإن لم يسقط بسبب العيب شيء فيرجع بالأقل من قيمة العيب من ثمنه أو من بقية رأس ماله، وقال ابن عبد الحكم يرجع بقيمة العيب كله على البائع باعه من الأجنبي بمثل الثمن أو أقل أو أكثر.

فصـــل

وأما الوجه الثاني ـ وهو أن يكون خرج من يده بغير عوض، فلا يخلو من أن يكون ذلك باختياره وفعله أو مغلوباً عليه بغير اختياره؛ فأما إن كان ذلك مغلوباً عليه بغير اختياره مثل أن يكون عبداً فيموت أو يقتله خطأً أو يغصب منه وما أشبه ذلك، فلا اختلاف أن له الرجوع بقيمة العيب، وأما إن كان ذلك بفعله واختياره مثل أن يكون عبداً فيقتله عمـداً أو يهبه أو يتصدق به أو يعتقه أو يكاتبه أو ما أشبه ذلك، فروى زياد عن مالك رحمه الله تعالى أن ذلك فوت ولا رجوع له بقيمة العيب، والمشهور من قول مالك رحمه الله تعالى الذي عليه أصحابه أن ذلـك فـوت ولـه الرجوع بقيمة العيب.

فصـــل

وأما الحال الخامسة وهو أن يعقد فيه عقداً يمنعه من رده فإن هذا العقد لا يخلو من أن يتعقبه رجوع إلى ملكه أو لا يتعقبه رجوع إلى ملكه؛ فأما إن كان لا يتعقبه رجوع إلى ملكه وذلك كالكتابة والاستيلاد والعتق إلى أجل والتدبير، فهو

فوت وليس فيه إلا الرجوع بقيمة العيب، وأما إن كان العقد يتعقبه الرجوع إلى ملكه[٣٢] كالرهن والإجارة والإخدام، ففيه بين أصحابنا اختلاف؛ قال ابن القاسم إذا رجع إلى ملكه رده وليس ما عقده فيه فوت؛ وقال أشهب إن كان أمد ذلك قريباً، رده وإن كان بعيداً فهو فوت، وقال أصبغ في الإجارة إنها ليست بفوت وله الرد ولا تنتقض الإجارة؛ لأنه عقدها بموضع يجوز له كما لو زوج العبد ثم وجد به عيباً لرده بعيبه ولم ينفسخ النكاح؛ فانظر هل يرد ما نقصه ذلك[٣٣] وقابله بمن اشترى ثوباً فقطعه ثم وجد به عيباً.

فصـــل

فالرد بالعيوب القديمة قبل العقد واجب على التفصيل الذي ذكرناه علم البائع بها أو لم يعلم إذا كان مما يمكن معرفته، إلا أن يبيع بالبراءة، فإن باع بالبراءة فيما يجوز فيه البيع بالبراءة بريء مما لم يعلم من العيوب على مذهب مالك رحمه الله تعالى، ولا يبرأ مما علم فدلس به؛ وأما ما حدث بالمبيع من العيوب بعد عقد البيع، فلا يجب به الرجوع إلا أن يكون الحادث من العيوب في الرقيق في عهدة الثلاث أو جنوناً أو جذاماً أو برصاً في عهدة السنة.

فصـــل

فالعيوب على هذا تنقسم على ثلاثة أقسام: عيب قديم يعلم قدمه عند البائع ببينة تقوم على ذلك أو بإقرار البائع به أو بدليل العيان، وعيب يعلم حدوثه عند المشتري ببينة تعلم ذلك أو بإقرار المشتري بحدوثه عنده، أو بدليل العيان على ذلك، وعيب مشكوك فيه يحتمل أن يكون قديماً عند البائع ويحتمل أن يكون حدث عند المشتري.

فصـــل

فأما العيب القديم فيجب الرد به في القيام والرجوع بقيمته في الفوات على

(٣٢) ملكه كالرهن: ح ١ ح ٢ هـ، ملكه وذلك كالرهن: ت.
(٣٣) وقابله: ح ٢ ت هـ، أو قابله: ح ١.

التقسيم الذي ذكرناه، وأما الحادث فلا حجة للمبتاع فيه على البائع، وأما المشكوك فيه فليس على البائع فيه إلا اليمين قيل على البت وهو قول ابن نافع في المدنية ورواية يحيى عن ابن القاسم في العتبية، والحجة في ذلك أنه لو ثبت أنه كان قديماً عند البائع لوجب أن يرد عليه وإن لم يعلم به، فإذا رد عليه وإن لم يعلم به وجب أن لا يبرأ منه بيمينه على العلم، وهذا لا يلزم، لأنه إنما يرد عليه وإن لم يعلم به إذا ثبت كونه عنده، وفي مسئلتنا لم يثبت كونه عنده، وقال أشهب يحلف على العلم في الظاهر والخفي، وفرق ابن القاسم بين ذلك فقال يحلف في الظاهر على البت، وفي الخفي على العلم؛ فإن نكل عن اليمين رجعت على المبتاع في الوجهين جميعاً على العلم أنه ما حدث عنده، هذا قول ابن القاسم في سماع عيسى من العتبية، وروي عنه في المدنية أنها ترجع على المبتاع على نحو ما كانت على البائع، وإلى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة، وقال ابن نافع يحلف على البت على أصله في يمين البائع، وهي رواية يحيى[٣٤] عن ابن القاسم في العتبية وعلى قول أشهب يحلف على العلم في الوجهين جميعاً.

فصل[٣٥]

فإن نكل عن اليمين ففي المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم رحمهم الله تعالى أن البيع يلزمه وهذا يقتضي أنه ليس له بعد النكول أن يرجع إلى اليمين وفيها من قول ابن نافع فإن نكل عن اليمين لم ترد أبداً حتى يحلف وهذا يقتضي أن له بعد النكول أن يحلف.

فصل

وهذا في العيوب التي تكون ظاهرة في البدن وأما ما لا يظهر مثل الإباق والزنى والسرقة وما أشبه ذلك، فادعى المبتاع أنه كان بالعبد قديماً، فقال ابن القاسم يحلف البائع واحتج بروايته عن ملك، وقال أشهب لا يمين عليه، واحتج

---

(٣٤) يحيى: ح ١ ح ٢ هـ، عيسى: ت.
(٣٥) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

في ذلك بروايته عن مالك أيضاً وفرق محمد بن المواز من رأيه بين أن يظهر العيب عند المبتاع أو لا يظهر، فألزمه اليمين إذا ظهر ولم ير ذلك عليه إذا لم يظهر عنده، وإنما أراد أن يحلفه بمجرد دعواه.

فصل

واختلف في الرد بالعيب هل هو نقض بيع أو ابتداء بيع فجعله ابن القاسم في كتاب الاستبراء من المدونة ابتداءَ بيع، إذ أوجب المواضعة على المشتري، وروي ذلك عن مالك؛ وله في كتاب العيوب خلاف ذلك في الذي أعتق عبده فرد الغرماء عتقه فباعه السلطان في دينه، ثم ثبت أنه كان به عند البائع عيب وأنه علم به، أن البيع يرد ويعتق على البائع بالعتق الأول إن[٣٦] كان له مال تؤدى منه ديون الغرماء؛ وقال أشهب في كتاب الاستبراء هو نقض بيع وروي ذلك عن مالك رحمه الله في العتبية، وله خلاف ذلك في مسئلة كتاب العيوب المذكورة أن العبد لا يعتق فجعله راجعاً إليه بملك مستأنف لا على الملك الأول.

فصل

واختلف بماذا تدخل السلعة المردودة بالعيب في ضمان البائع، فقيل إذا أشهد المبتاع على العيب وأنه غير راضٍ به فقد بريء من ضمان السلعة المردودة بالعيب ما لم يطل الأمر حتى يرى أنه راضٍ به، وهو قول أصبغ؛ وقيل هي في ضمان المبتاع حتى يثبت العيب عند السلطان، وقيل هي في ضمان المبتاع وإن ثبت العيب عند السلطان حتى يقضى برده على البائع، أو يرضى صاحب العبد بقبض عبده.

فصل

فإن كان المبيع المردود بالعيب مما له غلة ويلزم فيه نفقة، فالغلة للمبتاع والنفقة عليه لا رجوع له بها على البائع، ولا يلزمه أن يرد الغلة لأن الضمان منه،

---

(٣٦) إن: ح ١ ح ٢ هـ، وإن: ت.

روي أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه، فقال البائع يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله ﷺ **الغلة بالضمان**(٣٧). لا اختلاف بين أهل العلم في هذا على الجملة، وإنما اختلفوا فيه على التفصيل؛ لاختلافهم فيما هو غلة للمبتاع مما ليس بغلة له، وفي وجوب الرجوع له بما أنفق على ما لا يصح اغتلاله؛ وبيان هذا أن الغلات تنقسم على قسمين (أحدهما) ما لا يتولد عن المبيع وإنما غلته بالانتفاع بعينه كالعبيد الذين يستخدمون أو يؤاجرون، والمساكن التي تسكن، أو تكرى(٣٨)، وما أشبه ذلك، و (الثاني): ما يتولد عنه كثمر النخل وصوف الغنم ولبنها، وما أشبه ذلك؛ فأما ما لا يتولد عن المبيع، فالمبتاع ما اغتل منه إلى يوم يرده بالعيب وعليه النفقة ولا إشكال في هذا الوجه يفتقر إلى بيان؛ وأما ما يتولد عنه فإنه ينقسم على قسمين (أحدهما) أن يكون ما يتولد عنه وجهه أن يقبض شيئاً شيئاً كلما تولد كلبن الغنم وما أشبهها. و(الثاني) أن يكون ما يتولد عنه لا يقبض إلا في أوقاته المعهودة كثمر النخل وصوف الغنم وما أشبه ذلك؛ فأما الوجه الأول فحكمه حكم ما لا يتولد عن المبيع للمبتاع منه ما اغتل إلى يوم الرد؛ وأما الوجه الثاني فإن الثمار مفارقة النخل وما أشبهها من الثمار فلا تخلو من أربعة أحوال، (إحداها) أن تكون يوم البيع لا ثمرة فيها، (والثانية) أن تكون يوم البيع فيها ثمرة لم تؤبر، (والثالثة) أن تكون فيها ثمرة قد أَبِّـرت، (والرابعة) أن تكون فيها ثمرة قد طابت، فأما الحال الأولى وهو أن تكون النخل لا ثمرة فيها يوم الابتياع فلا يخلو من أربعة أوجه، (أحدها) أن يجد بها العيب فيردها به قبل أن تضير لها ثمرة، (والثاني) أن يجد بها العيب فيردها به وقد صار لها ثمرة لم تؤبر، (والثالث) أن يجد بها العيب فيردها به وقد أبرت الثمرة، (والرابع) أن يجد بها العيب فيردها به وقد طابت الثمرة يبست أو لم تيبس، جدت أو لم تجد قائمة كانت بعد الجد أو فائتة؛ وأما الحال الثانية، وهي أن تكون في النخل يوم الابتياع ثمرة لم تؤبر، فلا تخلو من ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يجد العيب فيرد به والثمرة بحالها لم تؤبر، (والثاني) أن يجد العيب فيرد به والثمرة قد أبرت،

---

(٣٧) أخرجه أحمد انظر المسند ٦/٨٠.

(٣٨) أو تكرى: ح ١ ح ٢ هـ، ولو بالكراء: ت.

(والثالث) أن يجد العيب فيرد به والثمرة قد طابت، وأما الحال الثالثة وهي أن تكون في النخل يوم الابتياع ثمرة مأبورة فيستثنيها المبتاع فلا تخلو من وجهين (أحدهما) أن يجد العيب فيرد به والثمرة على حالها لم تطب، والثاني أن يجد العيب فيرد به والثمرة قد طابت؛ وأما الحال الرابعة وهو أن يشتري النخل بثمرتها بعد الطياب، فليس فيها إلا وجه واحد ـ وهو أن يجد بها العيب قبل الجداد أو بعده وهما سواء، فهذه عشرة أوجه أربعة في الحال الأولى، وثلاثة في الحال الثانية، واثنتان في الحال الثالثة ووجه واحد في الحال الرابعة يتصور في كل وجه منها أربعة معانٍ سواء الرد بالعيب يطرأ على الملك فيخرجه من يد مالكه بوجه الحكم وهي الرد بالعيب الفاسد والاستحقاق والشفعة والتفليس، فأنا أذكر حكم الرد والعيب فيها ثم أعود إلى ذكر سائر المعاني الأربعة وتبيين وجه الحكم فيها إن شاء الله وما توفيق إلا بالله؛ فأما الوجه الأول من الحال الأولى وهو أن يشتري النخل ولا ثمر فيها فيجد بها عيباً قبل أن يصير لها ثمرة فإنه يردها به ـ إن شاء ولا يرجع بالسقي والعلاج إن كان قد سقى وعالج، وقيل إنه يرجع به على مذهب ابن القاسم.وينبغي أن يجري هذا على اختلاف قوله في الرد بالعيب هل هو نقض بيع أو ابتداء بيع؛ وأما الوجه الثاني من الحال الأولى ـ وهو أن يشتري النخل ولا ثمر فيها فيسقيها ويعالجها حتى تكون لها ثمرة فيجد بها عيباً قبل أن تؤبر فإنه يردها بالعيب ويرجع بالسقي والعلاج عند ابن القاسم وأشهب ولا يرجع به عند ابن الماجشون وسحنون.

فصل

فإن جد الثمرة في هذه الحال، فلا أذكر لأصحابنا في ذلك نصاً والذي يوجه النظر عندي على أصولهم أن ذلك فوت، لأن جد الثمرة في هذه الحال يعيب الأصل وينقص قيمته فيكون مخيراً بين أن يرد ما نقص أو يمسك ويرجع بقيمة العيب، وأما الوجه الثالث من الحال الأولى وهو أن يشتري النخل ولا ثمرة فيها فيجد بها العيب بعد الإبار، فإنه يردها بثمرتها ويرجع بقيمة السقي والعلاج عند ابن القاسم وأشهب خلافاً لابن الماجشون وسحنون، هذا قول مالك وأصحابه رحمهم الله تعالى لا أعرف في ذلك بينهم نص خلاف في أنه يردها بثمرتها إلا أن القياس

على مذهب من يرى الرد بالعيب ابتداء بيع أن يرد النخل وتبـقى له الثمرة، وقد قاله أصبغ في الواضحة في البيع الفاسد؛ فيلزم مثله في الرد بالعيب، فإنه نقض بيع أيضاً لأن فسخ البيع الفاسد نقض له باتفاق فهما قولان ظاهران.

فصـــل

فإن جد الثمرة في هذه الحال أيضاً، كان الحكم فيها على ما تقدم في جداده إياها قبل الإبار؛ وأما الوجه الرابع من الحال الأولى وهي أن يشتري النخلة ولا ثمرة فيها فيسقي ويعالج حتى تصير لها ثمرة فتطيب ثم يجد بها العيب بعد طيابها يبست أو لم تيبس جدت أو لم تجد قائمة كانت أو فائتة؛ فإن الثمرة للمبتاع، لأنها غلة قد وجبت له بالضمان؛ هذا قول ابن القاسم في المدونة ولا أعرف له في ذلك نص خلافٍ إلا أنه يلزم على ماله في كتاب ابن المواز في الاستحقاق أن يردها بثمرتها ويرجع للسقي والعلاج ما لم تيبس، وعلى ما روى أبو زيد عنه في الاستحقاق أيضاً أن يردها بثمرتها ويرجع بالسقي والعلاج ما لم تجد وهو قول أشهب في المدونة إذا اشترى الثمرة وقد أبرت ولا فرق على مذهبه في هذا بين شرائه النخل ولا ثمرة فيها أو فيها ثمرة لم تؤبر أو قد أبرت؛ لأنه رآها ما لم تطب تبعاً للأصول لم تقع عليها حصة من الثمن، وإن كانت لا تجب له إلا بعد الابار إلا باشتراطه إياها إذ لا يصح بيعها مفردة دون الأصول وهذا قول ابن الماجشون في البيع الفاسد أنه يرد بثمرته ما لم تجد، ولا فرق في هذا بين الرد بالعيب وبفساد البيع والاستحقاق.

فصـــل

فيتحصل على هذا في الحد الذي تصير به الغلة للمبتاع في الرد بالعيب والاستحقاق والبيع الفاسد أربعة أقوال، (أحدها) أنه تصير له غلة بالإبار، (والثاني) أنه لا تصير له غلة إلا بالطياب، (والثالث) أنه لا تصير له غلة إلا باليبس، (والرابع) أنه لا تصير له غلة إلا بالجداد؛ فوجه القول الأول أن الثمرة قد صارت بعلاجه وعمله إلى الحد الذي يكون في البيع للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع؛ فوجب أن تكون غلة له أصل ذلك إذا طابت أو يبست ـ ووجه القـول الثانـي أنها لا تصير له

غلة ـ وإن أبرت ما لم تطب، لأنها قبل الطياب لا يجوز بيعها مفردة دون الأصول، أصل ذلك إذا لم تؤبر، ووجه القول الثالث أنها ما لم تيبس متشبثة بالأصول إن باعها دونها لم تدخل في عقد البيع في ضمان المشتري لما يجب له فيها من الرجوع بالجائحة، فوجب أن ترد معها ولا تكون غلة له؛ ووجه القول الرابع أنها وإن يبست ما لم تجد متشبثة بالأصول ليست كالطعام الموضوع في جواز بيعه بالطعام، لتعلقه بملك البائع، فوجب أن ترد مع الأصول ولا تكون غلة؛ أصل ذلك إذا لم تؤبر وأما الوجه الأول من الحال الثانية، وهو أن يشتري النخل وفيها ثمرة لم تؤبر فيجد بها عيباً ـ وهي لم تؤبر بعد ـ فاختلف قول ابن القاسم إذا ردها هل[٣٩] يرجع بالسقي والعلاج إن كان قد سقى وعالج، حكى عنه الفضل وعن أشهب أنه يرجع به وله في المدونة دليل على أنه لا يرجع به.

فصل[٤٠]

فإن جد الثمرة في هذه الحال قبل أن يجد العيب كان ذلك نقصاناً يوجب له التخير بين أن يرد ويرد ما نقص، أو يمسك ويرجع بقيمة العيب على ما وصفنا[٤١] فيما تقدم؛ وأما الوجه الثاني من الحال الثانية وهو أن يشتري النخل وفيها ثمرة لم تؤبر فيجد العيب والثمرة قد أبرت، فالحكم فيه على ما تقدم إذا اشترى النخل ولا ثمرة فيها فوجد بها العيب وقد أبرت الثمرة وقد وصفنا ذلك، وأما الوجه الثالث من الحال الثانية وهو أن يشتري النخل وفيها ثمرة لم تؤبر فيجد بها العيب وقد طابت الثمرة، فالحكم فيه أيضاً على ما تقدم إذا اشترى النخل ولا ثمرة فيها ثم وجد بها العيب وفيها ثمرة قد طابت وقد وصفنا ذلك وما يدخله من الاختلاف، وأما الوجه الأول من الحال الثالثة وهو أن يشتري النخل وفيها ثمرة مأبورة فيجد بها العيب قبل الطياب، فإنه يردها بثمرتها عند الجميع ويرجع بالسقي والعلاج عند ابن القاسم وأشهب.

(٣٩) كذا في ت ح ١ هـ، وفي نسخة ح ٢: (فيجد بها عيباً قبل أن تؤبر، فإنه يردها بالعيب، ويرجع بالسقي والعلاج).

(٤٠) سقطت كلمة (فصل) في ت.

(٤١) وصفنا: ح ٢ هـ، وصفناه: ت ح ١.

فصــل

فإن جد الثمرة قبل أن يجد العيب كان مخيراً بين أن يرد وما نقص أو يمسك ويـرجع بقيمـة العيب على ما تقدم في جده إياها قبل الإبار، وأما الوجه الثاني من الحال الثالثة وهو أن يشتري النخل وفيها ثمرة قد أبرت فيجد العيب وقد طابت فإنه يردها بثمرتها على مذهب ابن القاسم، وإن يبست أو جدت وكانت قائمة فإن فاتت رد المكيلة إن عرفت، أو القيمة إن جهلت، أو الثمن إن بيعت، ويرجع بالسقي والعلاج وفي ذلك كله على مذهبه، ولم يمضها إذا[42] طابت بما ينوبها من الثمن كما أمضاها في الشفعة إذا يبست، وقد عد ذلك سحنون اختلافاً من قوله، وفرق ابن عبدوس بين المسئلتين؛ وقال أشهب إذا جدت فهي غلة للمبتاع؛ فتلخيص القول في هذا الوجه أن الذي[43] يتحصل فيه ثلاثة أقوال، أحدها، أن يرد الثمرة مع الأصل على كل حال وهو مذهب ابن القاسم، والثاني أنها تكون غلة للمبتاع، والثالث أنها تمضي بما ينوبها من الثمن.

فصــل

فإذا قلنا إنها تمضي بما ينوبها من الثمن أو إنها تكون غلة للمبتاع، ففي حد ذلك ثلاثة أقوال، أحدها الطياب، والثاني اليبس، والثالث الجداد، ولا اختلاف في أن الثمرة إن ذهبت[44] بجائحة في هذا الوجه، ترد ويرجع بجميع الثمن؛ وأما الحال الرابعة وهو أن يشتري النخل وفيها ثمرة قد طابت ثم يجد بها عيباً، فإنه يردها بثمرتها على كل حال، وإن جدت ما كانت قائمة فإن فاتت رد المكيلة إن عرفت كمشتري سلعتين يجد بأرفعهما عيباً، فإن جهلت المكيلة مضت بما ينوبها من الثمن ورد النخل بما ينوبها، وقيل يرد قيمة الثمرة ويرجع بجميع الثمن.

---

(٤٢) إذا: ح ١ هـ، إن: ت.

(٤٣) أن الذي يتحصل: ح ١ ح ٢ هـ، أنه يتحصل: ت.

(٤٤) إن: ح ١ ح ٢ هـ، إذا: ت.

(٤٥) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

فصــل

فهذا حكم الرد بالعيب في جميع الوجوه التي قسمناها[٤٦] قد بيناهُ كما شرطنا، والرد بفساد البيع مثله سواء في جميع الوجوه حاشا أن الرد بفساد البيع لا خيار فيه لأحد المتبايعين، فهو نقض بيع على كل حال، فلا يدخل فيه من الاختلاف إلا ما يدخل في الرد بالعيب على القول بأنه نقض بيع ويكون جداد الثمرة فيه إذا جدها قبل الإبار أو بعده ـ وقبل الفيات ـ فوتاً يوجب تصحيحه بالقيمة.

فصــل

وأما الاستحقاق والشفعة والتفليس فتتفق أحكامها في بعض الوجوه المذكورة بأحكام الرد بالعيب وبفساد البيع، وتختلف في بعضها، فأنا أذكر جملة أحكامها باقتصار بعضها[٤٧] ـ للتقسيم[٤٧] الذي ذكرته في الرد بالعيب، إرادة التقريب وذلك أن النخل يوم الابتياع لا تخلو من ثلاثة أوجه، (أحدها) أن لا يكون فيها ثمـرة أصـلاً، وأن يكون فيها ثمرة، إلا أنها لم تؤبر، (والثاني) أن يكون فيها يوم الابتياع ثمرة مأبورة، (والثالث) أن يكون فيها يوم الابتياع ثمرة قد طابت، فأما الوجه الأول وهو أن لا يكون فيها يوم الابتياع ثمرة، أو يكون فيها ثمرة إلا أنها لم تؤبر، فيطرأ على المبتاع فيها ـ والثمرة لم تؤبر مستحق، أو شفيع أو يُفلس[٤٨] فيريد البائع أن يأخذ نخله، فإن هذا لا اختلاف فيه أنهم يأخذون النخل بثمرته، وإنما الاختلاف في وجوب رجوع المبتاع عليهم بما سقى وعالج إن كان له فيه سقي وعلاج، وذلك على ما ذكرته في حكم الرد بالعيب وقد رأيت في بعض الكتب القديمة رواية عن ابن القاسم أن المفلس لا يرجع بما سقى، فإن صحت هذه الرواية عنه فهذا خلاف من قوله يدخل في الرد بالعيب والأخذ بالشفعة، وجه القول الأول تشبيهه بالاستحقاق والرد بفساد البيع لما فيه من الخيار للمبتاع، ووجه

---

(٤٦) قسمناها: ح ١ ح ٢ هـ، قدمناها: ت.

(٤٧) باختصار بعضها للتقسيم: ح ١ ح ٢، باختصار بعض التقسيم: ت هـ.

(٤٨) أو يفلس: ت ح ١ ح ٢، أو تفليس: هـ.

القول الثاني تشبيهه بالبيع لما فيه من الخيار للمبتاع والشفيع، وقد روي عن أشهب في الشفعة والاستحقاق أنه يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف، وعلته في ذلك أن السقي والعلاج قد يكون أكثر من قيمة الثمرة ـ وهو لو جدها لم يكن له رجوع بما سقى وعالج.

فصل(٤٩)

فإن جد الثمرة كانت غلة له إن كان ابتاع النخل قبل أن يكون فيها ثمرة، وإن كان ابتياعه لها وفيها ثمرة لم تكن له غلة وحاسبه بها الشفيع فأخذ النخل بما ينوبها من الثمن، وحاسبه بها البائع في الاستحقاق فلم يرجع عليه إلا بما ينوب الأصول الطياب، وحاسبه بها الغريب في التفليس فأخذ النخل بما ينوبها من الثمن، وحاص الغرماء بما ينوب الثمرة.

فصل

فأما إن طرأ عليه بعد إبان الثمرة، ففي ذلك أربعة أقوال، (أحدها) أنهم لا حق لهم في الثمرة بعد الإبار وهي غلة للمبتاع لا يحاسب بها، (والثاني) أنهم أحق بها ما لم تطب الثمرة، (والثالث) أنهم أحق بها ما لم تيبس، (والرابع) أنهم أحق بها ما لم تجد، المنصوص عليها من هذه الأقوال في الاستحقاق قولان، (أحدهما) في كتاب ابن المواز أن المستحق أحق بها ما لم تيبس، (والثاني) رواية أبي زيد عن ابن القاسم أنه أحق بها ما لم تجد، (والقول الثالث) أنه لا حق له فيها بعد الإبار ـ وهي غلة للمبتاع قاله أصبغ في الرد بفساد البيع ولا فرق. (والقول الرابع) أنه أحق بها ما لم تطب قاله ابن القاسم في الرد بالعيب ـ ولا فرق؛ والمنصوص منها في الأخذ بالشفقة قولان، أحدهما: أنه قول بعض المدنيين في المدونة وقول أشهب وأكثر الرواة أنه لا حق للشفيع في الثمرة إذا لم يدركها حتى أبرت، وهذا يأتي على أن الأخذ بالشفعة محمل البيع، أو على أن الثمرة تصير غلة بالإبار، (والثاني) قوله في المدونة إنه أحق بها ما لم تيبس والثمرة هـهنا يأخذها الشفيع

(٤٩) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

بحكم الاستحقاق لا بحكم الشفعة، إذ لم تقع عليها حصة من الثمن، فيدخل فيها بالمعنى القولان الآخران كما دخلا في الاستحقاق، والمنصوص منها في التفليس قولان، (أحدهما) قوله في المدونة أن البائع أحق بها من الغرماء ما لم تجد، (والثاني) قوله في سماع عيسى من كتاب المديان إنه أحق بها ما لم تـطب، والقولان الآخران يتخرجان بالمعنى والقياس، لأنه جعل أخذ البائع نخله بمنزلة الاستحقاق إذ جعله أحق بالثمرة ما لم تجد أو ما لم تطب[٥٠] فوجب أن يدخل في ذلك من الاختلاف ما دخل في الاستحقاق، ولو جعله بمنزلة البيع لوجب أن لا يكون أحق بالثمرة بعد الإبار قولاً واحداً، فإذا أخذ والنخل بثمرته كان للمبتاع الرجوع عليهم بسقيه وعلاجه على الاختلاف المتقدم؛ فإن جد الثمرة بعد الإبار قبل الطياب، فهي غلة لا يحاسب شيء منها وقد قال أشهب قولاً أنكره سحنون أن الشفيع والمستحق إذا قدما قبل طيب الثمرة، كانت له بقيمتها على الرجاء والخوف وقد تقدم ذلك[٥١] بعلته، وأما الوجه الثاني وهو أن يكون في النخل يوم الابتياع ثمرة مأبورة فيطرأ عليه قبل طيب الثمرة، فإنهم يكونون أحق بها على حالها بعد أن يـردوا السقي والعلاج على الخلاف المتقدم؛ وأما إن لم يطرأ عليه إلا بعد طيب الثمرة ولم تيبس أو بعد يبسها ولـم تجد أو بعد جدادها ـ وهي قائمة أو فائتة، ففي ذلك في الاستحـقاق والشفعة ثلاثة أقوال، (أحدها) أن الشفيع والمستحق يأخذ الثمرة مع الأصل ـ وإن جدت ويرجـع[٥٢] بالسقي والعلاج[٥٣] قاله ابن القاسم على قياس قوله في الرد بالعيب وقاله أشهب ورواه عن مالك في الشفعة في كتاب ابن المواز، ووجهه أنه حمل الأخذ بالشفعة محمل الاستحقاق، (والثاني) أنها تكون غلة للمبتاع وهو مذهب أشهب في كتاب العيوب، (والثالث) أنها تمضي بما ينوبها من الثمن ـ وهو قول ابن القاسم في كتاب الشفعة.

---

(٥٠) أو ما لم تطب: ت ح ٢ هـ، أو تطب: ح ١.

(٥١) تقدم ذلك: ح ٢، تقدم ذكر ذلك: ح ١، تقدم له ذلك: هـ.

(٥٢) ويرجع: ح ١ ح ٢ هـ، ورجع: ت.

(٥٣) من هنا إلى قوله (كمل وتم على مذهب أشهب)، ممحو في ح ١ وهو نحو صفحة كاملة.

فصــل

فإذا قلنا إنها تمضي بما ينوبها من الثمن إذ إنها غلة للمبتاع، ففي ذلك ثلاثة أقوال، (أحدها) الطياب وهو قول ابن القاسم في كتاب العيوب، (والثاني) اليبس وهو قول ابن القاسم في المدونة، (والثالث) الجداد وهو قول أشهب في كتاب العيوب.

فصــل

وأما التفليس، فالمنصوص لهم فيه قول واحد أنه أحق بها ما لم تجد، فإن جد كان أحق بالأصول بما ينوبها من الثمن ويدخل فيه الاختلاف بالمعنى.

فصــل

وأما الوجه الثالث وهو أن يكون في النخل يوم الابتياع ثمرة قد أزهت وطابت، فإنه في الاستحقاق أحق بها وإن جدت، فإن كانت قائمة أخذها وإن أكلها غرم المكيلة إن عرفت، أو القيمة إن جهلت، وإن باعها وكانت قائمة بيد المبتاع كان له أن يأخذها أو يجيز البيع ويأخذ الثمن؛ فإن تلفت بيد المبتاع فليس له إلا الثمن قاله في كتاب ابن المواز، وهذا على القول بأنها لا تصير غلة للمبتاع إلا باليبس أو الجداد؛ وأما على القول الذي يرى أنها تصير له غلة بالطياب، فلا حق له فيها إذا أزهت عند البائع، لأنها قد صارت له غلة بالطياب، ويأخذ المستحق النخل وحدها ويرجع المستحق منه على البائع بما ينوبها من الثمن ويسقط عنه ما ناب الثمرة لبقائها بيده، إلا أن يكون اشتراؤه إياها من غاصب أو مشتر اشتراها بعد الإبار على مذهب ابن القاسم، وأما في الشفعة فإن الشفيع أحق بها ما لم تجد ويغرم السقي والعلاج، قاله ابن القاسم في المدونة؛ وله فيها إذا اشتراها مع الأصول قبل الطياب أو اشتراها دون الأصول؛ بعد الطياب أنه أحق بها بالشفعة ما لم تيبس، فقيل إنه فرق بين المسئلتين، والصواب أن ذلك اختلاف من القول؛ وأما في التفليس فالبائع أحق بالنخل والثمرة وإن جدت ما كانت قائمة كمشتري سلعتين يفلس.

فصـــل

وأما صوف الغنم فإن تولد عند المشتري فجزه فهو غلة له في الرد بالعيب والاستحقاق وأخذ البائع لها في التفليس وأما بالبيع الفاسد، فإنه لا يتولد، ويحمل إلا وقد فات رد الغنم، ووجب أن يصحح البيع بالقيمة ولم يجزه، فإنه تبع الغنم في جميع ذلك، ! ولا يرجع المبتاع بشيء من نفقته عليها، بخلاف النخل، والفرق بينهما أن للغنم غلة تبتغى منها سوى الصوف، ولو جزه المبتاع بعد أن اطلع على العيب، لكان جزه له رضا بالعيب، وكذلك لو اشتراها وعليها صوف قد كمل وتم على مذهب أشهب ـ لأنه عنده تبع للغنم في دخوله في الصفقة دون اشتراط أصله، إذا اشترى النخل بثمرتها قبل الإبار، بخلاف ما إذا كانت الثمرة قد طابت؛ ولا يلزمه على هذا ألا تكون الثمرة غلة له إذا اشتراها مع الأصول قبل الطياب وقد أبرت، لأنها ما لم تطب فهي عنده تبع للأصول، إذ لا يجوز بيعها منفردة دونه إلا على الجد، خلاف ما إذا طابت؛ وأما ابن القاسم فذهب إلى أن الغنم إذا كان عليها يوم الشراء صوف قد تم وكمل، فليس بغلة له وإن جزَّه ويرده في العيب إن كان قائماً، أو مثله إن كان فائتاً؛ وكذلك في الاستحقاق يأخذه المستحق إن كان قائماً، أو مثله إن كان قد استهلكه المبتاع، أو الثمن إن كان باعه، وكذلك في التفليس يكون البائع أحق به وإن جزه المفلس ما كان قائماً، فإن فات أخذ الغنم بما ينوبها من الثمن وحاص الغرماء بما ينوب الصوف، وإن شاء ترك الغنم وحاص الغرماء بجميع دينه، وقول ابن القاسم إن الغنم إذا كان عليها صوف قد تم وكمل يوم الشراء، أنه ليس بتبع للغنم وقد وقع عليه قسطه من الثمن، وإن كان داخلاً في الصفقة دون اشتراط أظهر من قول أشهب(٥٤) أصله إذا اشترى الأرض وفيها نخل أنها تدخل في الصفقة دون اشتراط، ولا يحكم لها بحكم البيع إن قطعها البائع أو ذهبت بجائحة في حكم الرد بالعيب والاستحقاق وأخذ البائع لها في التفليس وبالله سبحانه التوفيق.

---

(٥٤) أشهب: ح ١ ح ٢ هـ، أصبغ: ت.

كتاب المرابحة[1]

فصـــل

في تقسم أجناس البيوع، البيوع تنقسم على أربعة أقسام: بيع مرابحة، وبيع مكايسة، وبيع مزايدة، وبيع استئمانة[2] واسترسال؛ وقال ابن حبيب إن الاسترسال إنما يكون في الشراء دون البيع، وليس ذلك بصحيح، إذ لا فرق في ذلك بين البيع والشراء.

فصـــل

فأما بيع المرابحة، فإنه[3] على وجهين، أحدهما أن يبايعه على ربح مسمى على جملة الثمن، (والثاني) أن يبايعه على أن يربحه بالدرهم درهماً وللدرهم نصف درهم، وللعشرة أحد عشر أو أقل من ذلك أو أكثر مما يتفقان عليه من الأجزاء.

فصـــل[4]

فأما إذا بايعه على أن يربحه للدرهم درهماً أو للدرهم نصف درهم، أو

(١) كتاب المرابحة فصل: ت، كتاب بيع المرابحة فصل: ح ٢ هـ، كتاب المرابحة بسم الله الرحمان الرحيم وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله: ح ١.

(٢) استئمانة: ح ١ ح ٢ هـ، استقامة: ت.

(٣) فإنه: ح ١ ح ٢ هـ، فهو: ت.

(٤) كلمة (فصل) ساقطة في هـ.

للعشرة أحد عشر، وما أشبه ذلك؛ فإن[٥] ما كان في السلعة المبيعة مما له عين قائمة كالصبغ والكمد والفتل وما أشبه ذلك، فإنه بمنزلة الثمن يحسب ويحسب له الربح؛ وأما ما ليس له عين قائمة فإنه على وجهين، أحدهما ما يختص بالمبتاع[٦]، والثاني ما لا يختص به؛ فأما ما لا يختص بالمبتاع[٦] فإنه لا يحسب في أصل الثمن، ولا يحسب له ربح؛ وذلك كنفقته وكراء ركوبه وكراء بيته وإن خزن المتاع[٦] فيه، لأن العادة جارية أن يخزن الرجل متاعه في بيت سكناه وأما ما يختص بالمتاع، فإنه ينقسم أيضاً على وجهين، أحدهما ما يتولاه التاجر بنفسه ولا يستأجر عليه غالباً كشراء المتاع وشده وطيه وما أشبه ذلك. والثاني ما يستنيب عليه غالباً ولا يتولاه بنفسه كحمل المتاع ونفقة الرقيق وما أشبه ذلك فأما ما جرت العادة أن يتولاه التاجر بنفسه غالباً كطي المتاع وشرائه وشده فاستأجر عليه، فإنه لا يحسب في رأس المال، لأن المبتاع يقول له لا يلزمني ذلك، لأنك إنما استأجرت من ينوب عنك فيما جرت العادة أن تتولاه بنفسك، فلا يجب عليّ في ذلك شيء؛ وأما ما يستأجر عليه غالباً ولا يتولاه بنفسه كحمل المتاع ونفقة الرقيق وما أشبه ذلك، فإنه يحسب في أصل الثمن ولا يحسب له ربح، لأنه ليس له عين قائمة.

فصل

فيجب على هذا إذا اشترى من المبتاع ما يعلم أنه لا يشتريه إلا بواسطة وسمسار تجري العادة بذلك، أو اكترى منه مخزناً ليخزن فيه المتاع، ولولا ذلك لم يحتج إليه أن يحسب في أصل الثمن ولا يحسب له الربح؛ وقد رأيت ذلك لبعض أهل العلم.

فصل

وهذا إذا بين هذه الأشياء كلها فقال اشتريت هذه السلعة بكذا وصبغتها بكذا واكتريت عليها بكذا، وأعطيت عليها السمسار كذا، فأبيعها[٧] بربح

---

(٥) فإن ما كان: ت ح ٢ هـ، فأما ما كان: ح ١.
(٦) المبتاع: ت ح ٢ هـ، المتاع: ح ١.
(٧) فأبيعها: ح ١ ح ٢ هـ، فأنا أبيعها: ت.

للعشرة[8] أحد عشر فحينئذٍ يكون العمل على هذا وينظر إلى ما سمى مما له عين قائمة فيحسب ويحسب له الربح وما لم تكن له عين قائمة إلا أنه يختص بالمتاع ولا يتولاه التاجر بنفسه، فإنه يحسب ولا يحسب له ربح؛ وإن كان يتولاه التاجر بنفسه أو لا يختص بالمتاع، فإنه لا يحسب رأساً ولا يحسب له ربح إلا أن يشترط البائع أن يربحه على ذلك كله بعد أن يسميه ويبينه فيجوز ذلك.

فصـــل

وأما إن قال قامت، علي هذه السلعة بكذا وكذا وأبيعها بربح للعشرة[8] أحد عشر وما أشبه ذلك، ولم يبين هذه الأشياء فالعقد على هذا فاسد، لأن المشتري لا يدري كم رأس المال الذي يجب له الربح؟ وكم أضيف إليه مما يحسب ولا يحسب له ربح ومما لا يحسب رأساً ولا يحسب له ربح، وهذا جهل بين في الثمن؛ وقد قال في كتاب ابن المواز إنه يعمل في هذا على ما ذكرناه مما يحسب أو لا يحسب، وما يكون له ربح مما لا يكون له ربح، وهو ظاهر قول سحنون في نوازله منها وهو بعيد والصواب ما قدمناه.

فصـــل

وأما الوجه الثاني من وجوه المرابحة وهو أن يبيع ربح مسمى على جملة الثمن، فإن سمي أيضاً ما اشتراها به وما أنفق عليها فيما له عين قائمة وفيما ليس له عين قائمة مما يحسب أو لا يحسب، جاز البيع وطرح عن المبتاع ما لا يحسب رأساً كنفقته وكراء بيته، وما أشبه ذلك، إلا أن يشترطا أن يحسب ذلك فيجوز، وكذلك إن قال قامت عليّ هذه السلعة بكذا على قياس ما في كتاب محمد وظاهر قول سحنون في نوازله، والقياس أن العقد على هذا فاسد على ما بيناه.

فصـــل

ويلزمه أيضاً فيما له عين قائمة كالصبغ والكمد والفتل ـ أن يبين فيقول اشتريت بكذا وكذا وصبغت بكذا وكذا في الوجهين جميعاً باع بربح مسمى على

(8،8) للعشرة: ت ح ٢، العشرة: ح ١ هـ.

جملة الثمن أو للعشرة أحد عشر؛ فإن لم يفعل وقال شراء هذه السلعة بعشرة وقد كان اشتراها بخمسة وصبغها بخمسة؛ فالمشتري بالخيار إن كانت السلعة قائمة بين أن يأخذها بالثمن أو يردها، وإن فاتت، مضت بجميع الثمن ولم ترد إلى القيمة؛ هذا قول سحنون في العتبية، وقد كان القياس إذا خيره في القيام أن يرده في الفوات إلى القيمة، إن كانت أقل من الثمن ـ على مذهب ابن القاسم في مسائل الغش والخديعة، أو القيمة على مذهب سحنون يوم قبضها ما لم تكن أكثر من الثمن الذي اشتراها به، أو أقل من قيمتها يوم ابتاعها على أصل مذهبه في مسائل المرابحة؛ وذهب أبو إسحاق التونسي إلى أنه ليس عليه أن يبين ذلك كسلعتين باعهما مرابحة صفقة واحدة وقد كان اشتراهما في صفقتين.

فصل

ولا يجوز في بيع المرابحة أن يكتم البائع من أمر سلعته ما إذا ذكره كان أوكس[٩] للثمن أو أكره للمبتاع، لأن ذلك من أكل المال بالباطل الذي نهى الله عنه وحرمه، ومن الغش والخديعة والخلابة المنهي عنه بالسنة.

فصل

فيلزم من باع مرابحة أن يبين ما عقد عليه وما نقد وإن كان اشترى[١٠] بنقد أو إلى أجل أو في أي زمن اشتراها لأن التجار على الطرى أحرص، وهم فيه أرغب وإن كان تجوز عنه في الثمن أو أخر به أو بشيء منه[١١]، وإن كان حدث بها عيب عنده أن يبين به[١٢]، وأَن عنده حدث، وما أشبه ذلك من الأشياء حتى يعلم المبتاع من أمر السلعة ما علم منها البائع؛ فإن لم يفعل وكتم شيئاً من ذلك، فلا يخلو ما كتمه من ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يكون ذلك من باب الكذب في الثمن

---

(٩) أوكس: ح هـ، أكسد: ح ١، بياض في ت.

(١٠) كان اشترى: ح ١ ح ٢ هـ، كان قد اشترى: ت.

(١١) وإن: ح ١ ح ٢ هـ، فإن: ت.

(١٢) به: ح ٢ هـ، له: ت.

والزيادة فيه، (والثاني) أن يكون من باب الغش والخديعة، (والثالث) أن يكون من باب التدليس بالعيب ولكل وجه من هذه الوجوه حكم يختص به.

فصــل

فأما من باع مرابحة وزاد في الثمن، فحكمه أن المبتاع في قيام السلعة مخير[١٣] بين أن يمسك بجميع الثمن أو يرد إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح، فيلزمه البيع؛ فإن فاتت وأبى البائع أن يحط عنه الزيادة ونوبها من الربح، كان للبائع القيمة إلا أن تكون أكثر من الثمن الذي باع به، فلا يزاد عليه أو أقل من الثمن الصحيح وما ينوبه من الربح، فلا ينقص المبتاع منه شيئاً.

فصــل

وأما من باع مرابحة وخدع المبتاع وغشه، فإن كتمه من أمر سلعته ما يكّرهه ولم يزد عليه في الثمن ولا دلس له[١٤] بعيب، فحكمه أن يكون المبتاع في قيام السلعة بالخيار بين أن يمسك بجميع الثمن أو يرد، وليس للبائع أن يلزمه إياها وإن حط عنه بعض الثمن، وإن كانت فاتت، كان فيها الأقل من القيمة أو الثمن.

فصــل

وأما من دلس بعيب في بيع المرابحة، فحكمه حكم من باع غير مرابحة في قيام السلعة وفواتها ـ إن كانت قائمة، خير بين أن يرد ويرجع بجميع الثمن، أو يمسك ـ ولا شيء له؛ وإن كانت قد فاتت بعيب مفسد، كان مخيراً بين أن يرد ويرد ما نقصه العيب الحادث عنده، وبين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب وما ينوبها من الربح.

فصــل

فعلى هذه الثلاة الأوجه يجري حكم المرابحة كلها على مذهب ابن القاسم إلا في مسئلتين شذتا عن هذا الأصل فلم يحكم فيهما بحكم الكذب في بيع

---

(١٣) مخير: ت ح ١ ح ٢، بالخيار: هـ.
(١٤) له: ت ح ١، عليه: ح ٢.

المرابحة، ولا بحكم الغش والخديعة، ولا بحكم العيب؛ (إحداهما) من باع مرابحة وحسب ما لا يحسب أو ربح ما يحسب ولا يحسب له ربح، (والثانية) من باع مرابحة على ما عقد عليه ولم يبين ما نقد؛ وأما[15] سحنون فوافق ابن القاسم في الوجهين، وخالفه في الثالث؛ وافقه في حكم التدليس بالعيب وفي حكم الكذب، وخالفه في حكم الغش والخديعة، لأن الغش والخديعة عنده في المرابحة ينقسم[16] على قسمين (أحدهما) أن لا يكون للغش والخديعة تأثير في زيادة الثمن، (والثاني) أن يكون له تأثير في زيادة الثمن، فأما ما لا تأثير له في زيادة الثمن فيوافق فيه ابن القاسم وذلك مثل أن يرث السلعة أو توهب له فيبيعها مرابحة أو مثل أن يشتري السلعة فتطول إقامتها عنده ولا تحول أسواقها وما أشبه ذلك؛ وأما ماله تأثير في زيادة الثمن فخالف فيه ابن القاسم ورده إلى حكم الكذب في القيام والفوات، وذلك مثل أن يشتري السلعة بثمن إلى أجل فيبيعها مرابحة بذلك الثمن لأن من المعلوم أن من اشترى إلى أجل يزيد في الثمن وأجل التأخير، مثل أن يشتري الثوبين صفقة واحدة، فيبيع أحدهما مرابحة بما ينوبه من الثمن، لأن الجملة يزاد فيها على ما ذهب إليه ابن عبدوس - وإن لم يزد فيها فيتهم البائع في أنه قد وضع على أحد الثوبين من الثمن أكثر مما ينوبه.

فصـــل

فإن[17] اجتمع على مذهبه الغشان جميعاً غش له تأثير في زيادة الثمن وغش لا تأثير له في زيادة الثمن - مثل أن يشتري السلعة فتطول إقامتها عنده وتحول أسواقها بنقصان، فإنه يـوافق ابـن القـاسم في قيام السلعة، لأن البائع إن أراد أن يلزم المبتاع السلعة بأن يحط عنه من ثمنها ما قابل الكذب ونوبه من الربح، احتج عليه بطول الإقامة ويخالفه إذا فاتت السلعة فيحكم لها بحكم الكذب؛ ووجه العمل في ذلك أن تقوم السلعة يوم باعها مرابحة فتكون تلك القيمة هو الثمن

(١٥) وأما: ح ١ ح ٢ هـ، فأما: ت.
(١٦) ينقسم: ت ح، تنقسم: ح ١.
(١٧) فإن: ت، وإن: هـ، فإذا: ح ١.
(١٨) منه: ت ح ٢ هـ، منها: ح ١.

الصحيح، ثم تقوم يوم قبضها إن تأخر قبضها فتكون له القيمة ـ ما لم تكن أكثر من الثمن الذي باع به، أو أقل من القيمة الأولى وما ينوبها من الربح؛ هذا نص قول سحنون، وهو كلام فيه اعتراض، والصحيح أن تقوم السلعة يوم ابتاعها، ثم تقوم يوم باعها مرابحة فينظر ما بين القيمتين من أجل حوالة الأسواق ويحط ذلك الجزء من الثمن وربحه، فما بقي كان هو الثمن الصحيح الذي لا ينقص منه إن كانت القيمة أقل.

فصــل

وقد يجتمع في مسئلة واحدة التدليس بالعيب والكذب في الثمن، والتدليس بالعيب والغش والخديعة والكذب، فينظر في ذلك كله على مذهب ابن القاسم، ويكون للمبتاع المطالبة بأي ذلك شاء مما هو أنفع له، وقد تجتمع أيضاً الثلاثة الأشياء في مسئلة واحدة التدليس بالعيب والكذب في الثمن والغش والخديعة.

فصــل

فأما إذا اجتمع في مسئلة واحدة التدليس بالعيب والكذب في الثمن، فإن ذلك لا يخلو من خمسة أحوال (إحداها) أن تكون السلعة قائمة لم تفت بوجه من وجوه الفوت، (والثانية) أن تكون السلعة قد فاتت بحوالة أسواق أو نقص يسير، (والثالثة) أن تكون قد فاتت ببيع، (والرابعة) أن تكون قد فاتت بالعيوب المفسدة، (والخامسة) أن تكون قد فاتت بذهاب عينها أو ما يقوم مقام ذهاب العين من العتق والكتابة والتدبير والصدقة والهبة لغير الثواب، وما أشبه ذلك؛ مثال ذلك أن يشتري الرجل السلعة فيحدث بها عنده عيب، أو تكون جارية فيزوجها ثم يبيعها مرابحة بجميع الثمن الذي اشتراها به ولا يبين العيب الذي حدث عنده، ولا أن لها زوجاً إن كان زوجها؛ لأنه قد زاد في ثمنها ما نقص العيب من قيمتها، فإن كانت على الحال الأولى لم تفت بوجه من وجوه الفوت لم يكن للمشتري المطالبة إلا بحكم العيب، فكان مخيراً بين أن يمسك ولا شيء له أو يرد ولا شيء عليه، ولا يكون للبائع أن يلزمه إياها وإن حط عنه الكذب وهو قيمة العيب وما ينوبه من الربح، لأن

من حجته أن لا يرضى بالعيب؛ وأما إن كانت على الحال الثانية قد فاتت بحوالة سوق أو نقص يسير، فالمبتاع مخير بين أن يطالب بحكم العيب فيمسكها ولا شيء له، أو يردها ولا شيء عليه؛ إذ لا يفيت ردها بالعيب حوالة الأسواق ولا النقص اليسير، وليس للبائع أن يلزمه إياها بأن يحط عنه الكذب وهو قيمة العيب وما ينوبه من الربح، إذ ليس له أن يلزمه العيب شاء أو أبى، وبين أن يطالب بحكم الكذب ويرضى بالعيب؛ إذ قد فاتت في حكم الكذب؛ فإن اختار ذلك كان وجه العمل فيه أن يعرف ما نقص التزويج من الثمن الذي اشتراها به البائع يوم اشتراها، وذلك أن تقوم يومئذ معيبة وغير معيبة، فما كان بين القيمتين حط ذلك المقدار من الثمن، فما بقي منه كان ذلك هو الثمن الصحيح؛ ثم تقوم يوم ابتاعها أو يوم قبضها على الاختلاف في ذلك، فيكون على المبتاع تلك القيمة؛ إلا أن تكون أقل من الثمن الصحيح فلا ينقص البائع منه شيئاً أو يكون أكثر من الثمن الذي اشتراها به، فلا يزاد البائع عليه[19] شيئاً وأما إن كانت على الحال الثالثة من فواتها بالبيع فليس للمشتري المطالبة إلا بحكم الكذب، إذ لا رجوع للمشتري في العيب بشيء بعد البيع على مذهب ابن القاسم ويعمل في ذلك على ما بيناه من وجه العمل فيه، وأما إن كانت على الحال الرابعة من فواتها بالعيوب المفسدة، فله المطالبة بأي الوجهين شاء ويكون مخيراً في ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يرد ويرد ما نقصها العيب الحادث عنده، (والثاني) أن يرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح، (والثالث) أن يرضى بالعيب ويطالب بحكم الكذب فتكون عليه القيمة إلا أن تكون أكثر من الثمن الذي ابتاعها به فلا يكون عليه أكثر منه، لأنه هو[20] يطلب الفضل قبل البائع أو تكون القيمة أقل من الثمن الذي اشتراها به البائع بعد طرح قيمة العيب من ذلك وما ينوبه من الربح يوم ابتاعها البائع على ما تقدم من العمل والتفسير؛ وأما إن كانت على الحال الخامسة من ذهاب عينها أو ما يقوم مقام ذهاب العين، فله المطالبة بأي الوجهين شاء إما بالعيب فيرجع بقيمته وما ينوبه من الربح؛ وإما بالكذب فتكون عليه القيمة ما لم تكن أقل أو أكثر على ما فسرناه وقد وقع في

---

(19) عليه: ت ح ٢ هـ، عليها: ح ١.

(20) هو يطلب: ت ح ٢ هـ، هو الذي يطلب: ح ١.

المدونة في هذا الوجه كلام طويل واختلاف في الرواية يرجع الكلام على الرواية الواحـدة إذا حمـلته على ظاهره أن المبتاع يرجع على البائع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح على حكم التدليس بالعيب بانفراده؛ وعلى هذه الرواية اختصر المسئلة ابن أبي زمنين وهي جل الروايات؛ وعلى الرواية الثانية جعل الحكم في المسئلة حكم الكذب في الثمن بانفراده وهو الأظهر من مراد ابن القاسم - في الكتاب وقصده، لأنه لو قصد إلى حكم العيب بانفراده، لقال يرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح فاستغني عن التطويل في ذكر القيمة واعتبارها بما إذا حصل لم يرجع إلى معنى فيه فائدة وهذا كله فيه نظر؛ والصحيح ما نذكره بعد ونعتمد عليه من التأويل إن شاء الله تعالى، لأن الرجوع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح أفضل للمشتري في هذه المسئلة؛ فإذا كان ذلك أفضل له، فمن حقه أن يطالب به على مذهب ابن القاسم، لأن العتق والتدبير والصدقة على مذهبه فوت يوجب للمبتاع الرجوع بقيمته؛ فهذه الرواية على هذا التأويل تضاهي رواية زياد عن مالك أن من اشترى عبداً فوهبه أو تصدق به فهو فوت ولا رجوع له بقيمة العيب إلا أن يتأول أن المعنى فيها أنه رضي بالعيب، فطالب بحكم الكذب، وأما الرواية الأولى فتحمل على ما تأول ابن أبي زمنين أن تكون إنما أرجع المبتاع فيها بقيمة العيب وما ينوبه من الربح على حكم التدليس بالعيب، لأن ذلك هو أفضل للمشتري وهو بعيد في الظاهر.

فصـــل

ولو اشترى السلعة معيبة وهو عالم بعيبها ثم باعها مرابحة بأكثر مما اشتراها به وكتم العيب، لكان أبين في اجتماع الكذب والتدليس بالعيب، ولوجب إذا فاتت السلعة بذهاب عينها أو ما يقوم مقام ذهاب العين، أن يكون للمشتري المطالبة بالوجهين جميعاً، فيرجع على البائع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح، ثم يقال للبائع حط عنه الكذب أيضاً وما ينوبه من الربح؛ فإن أبى من ذلك، كانت على المبتاع القيمة، إلاَّ أن تكون أكثر من الثمن الذي باع به بعد إلغاء قيمة العيوب وما ينوبه من الربح؛ فلا يزاد البائع على ذلك، أو تكون القيمة أقل من الثمن الصحيح بعد إلغاء قيمة العيب. وما ينوبه من الربح فلا ينقص المبتاع من ذلك؛ وعلى هذا

الوجه ينبغي ـ عندي ـ أن يحمل كلام ابن القاسم في المدونة الثابت في جل الروايات فيصح معناه؛ فالأولى أن يتأول على ابن القاسم في الكتاب أنه رجع في آخر المسئلة إلى التكلم على هذا الوجه ـ وإن كان لم يبتدأ الكلام عليه، من أن يجعل ـ كلامه عليه لغواً وتكريراً لغير فائدة كما فعل ابن أبي زمنين والله أعلم.

فصـــل

وأما إن اجتمع في مسئلة واحدة التدليس بالعيب والغش والخديعة، فإن ذلك لا يخلو[٢١] من خمسة أحوال: (إحداها) أن تكون السلعة قائمة لم تفت بوجه من وجوه الفوت، (والثانية) أن تكون قد فاتت ببيع، (والثالثة) أن تكون قد فاتت بحوالة أسواق أو نقص يسير، (والرابعة) أن تكون قد فاتت بعيوب مفسدة، (والخامسة) أن تكون قد فاتت بفوات العين أو ما يقوم مقام فوات العين، مثال ذلك أن يشتري السلعة المعيبة وهو عالم بعيبها فتطول إقامتها عنده ثم يبيعها مرابحة ولا يبين بالعيب ولا بطول[٢٢] الإقامة، فإن كانت السلعة على الحالة الأولى، كان مخيراً بين أن يرد بالعيب والغش والخديعة، أو يمسك بجميع الثمن ولم يكن للبائع أن يلزمه إياها بأن يحط عنه بعض الثمن؛ وإن كانت على الحال الثانية من فواتها بالبيع، فليس له المطالبة إلا بحكم الغش والخديعة، فيكون عليه القيمة إن كانت أقل من الثمن؛ وإن كانت على الحال الثالثة، كان مخيراً بين أن يرد بالعيب أو يرضى ويطالب بحكم الغش والخديعة فيرد له السلعة إلى قيمتها إن كانت أقل من الثمن الـذي ابتاعها به وإن[٢٣] كانت على الحال الرابعة، كان مخيراً في ثلاثة أوجه، أحدها أن يردها وما نقصها؛ (والثاني) أن يمسك ويرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح، (والثالث) أن يرضى بالعيب ويطالب بحكم الغش والخديعة فيرد عليه[٢٤] السلعة إلى قيمتها إن كانت أقل من الثمن الذي باعها بها، وإن كانت

---

(٢١) يخلو أيضاً من: ت ح ٢، يخلو: ح ١ هـ.
(٢٢) بالعيب ولا بطول: ح ٢ هـ، العيب وطول: ت ح ١.
(٢٣) وإن: ت ح ١ ح ٢، فإن: هـ.
(٢٤) عليه: ت ح ٢ هـ، له: ح ١.

على الحالة الخامسة، كان مخيراً في وجهين، أحدهما أن يطالب بحكم العيب، فيحط عنه من الثمن قيمته وما ينوبه من الربح، والثاني أن يرضى بالعيب ويطالب بحكم الغش والخديعة فيرد له السلعة إلى قيمتها ـ إن كانت قيمتها أقل من الثمن.

فصـــل

وأما إن اجتمع في مسئلة واحدة الكذب في الثمن والغش والخديعة، فإن ذلك لا يخلو من حالين، (أحدهما) أن تكون السلعة قائمة لم تفت بوجه من وجوه الفوت، (والثاني) أن تكون قد فاتت بحوالة سوق أو نماء أو نقصان، فما زاد على الاختلاف في ذلك؛ مثال ذلك أن يشتري الرجل السلعة بعشرة دنانير فتطول إقامتها عنده فيبيعها باثني عشر ديناراً ولا يبين بطول إقامتها عنده، فإن كانت السلعة على الحال الأولى كان مخيراً بين أن يمسك أو يرد، ولم يكن للبائع أن يلزمه إياها بأن يحط عنه الكذب ونوبه من الربح، لأنه يحتج عليه بطول الإقامة وهو غش وخديعة، وإن كانت على الحال الثانية، فالمطالبة بحكم الغش والخديعة أفضل له فترد له السلعة إلى قيمتها إن كانت القيمة أقل من الثمن.

فصـــل

وأما إذا اجتمع في مسئلة واحدة التدليس بالـعيب والغش والكذب في الثمن والغش والخديعة، فإن ذلك لا يخلو أيضاً[٢٥] من خمسة أحوال (إحداها) أن تكون السلعة قائمة لم تفت، (والثانية) أن تكون السلعة قد فاتت ببيع، (والثالثة) أن تكون قد فاتت بحوالة سوق أو نقص يسير، (والرابعة) أن تكون قد فاتت بالعيوب المفسدة، (والخامسة) أن تكون قد فاتت بفوات العين أو ما يقوم مقام فواته؛ مثال ذلك أن يشتري الرجل الجارية ولا ولد لها فيزوجها وتلد عنده أولاداً ثم يبيعها مرابحة بجميع الثمن الذي اشتراها به دون أولادها ولا يبين أن لها ولداً، لأن أولادها عيب، وطول إقامتها عنده إلى أن ولدت الأولاد غش وخديعة، وما نقص التزويج والأولاد من قيمتها كذب في الثمن، فإن كانت الجارية على الحال الأول

(٢٥) كلمة (أيضاً) ساقطة في ح ١ هـ، ثابتة في ت ح ٢.

من القيام دون فوات، لم يكن للمشتري إلا أن يرد ولا شيء عليه أو يمسك ولا شيء له، ولا يكون للبائع عليه أن يلزمه إياها بحطيطة شيء من الثمن؛ لأنه يحتج عليه بالعيب والغش والخديعة؛ وإن كانت على الحال الثانية من فواتها بالبيع فلا شيء للمشتري في العيب والمطالبة بحكم الغش والخديعة أنفع له من المطالب بحكم الكذب، فترد له السلعة إلى قيمتها إن كانت القيمة أقل من الثمن. وإن كانت على الحال الثالثة من فواتها بحوالة الأسواق والنقص اليسير فيكون المشتري مخيراً بين أن يرد بالعيب أو يرضى به فيرد له السلعة إلى قيمتها إن كانت القيمة أقل من الثمن على حكم الغش والخديعة، لأن المطالبة بذلك أفضل له من المطالبة بالكذب وإن كانت على الحال الرابعة من فواتها بالعيوب المفسدة، كان مخيراً في ثلاثة أوجه، أحدها أن يردها ويرد ما نقصها العيب الحادث عنده أو يمسك ويرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح أو يرضي بالعيب فترد له السلعة إلى قيمتها إن كانت القيمة أقل من الثمن على كلمة الغش والخديعة لأن المطالبة بذلك أنفع من المطالبة بحكم الكذب وإن لم يرد وكان الولد صغاراً لم يبلغوا حد التفرقة، جبر على أن يجمع بينهما في ملك واحد أو يرد البيع؛ وإن كانت على الحال الخامسة بفواتها بفوات عينها أو ما يقوم مقام ذلك كان مُخيراً بين أن يرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح أو يرضى بالعيب فيرد له السلعة إلى قيمتها إن كانت أقل من الثمن، لأن المطالبة بالغش والخديعة أفضل له من المطالبة بحكم الكذب.

فصل

فحكم اجتماع التدليس بالعيب والكذب في الثمن والغش والخديعة في مسئلة واحدة حكم اجتماع التدليس بالعيب والغش والخديعة لا غير من أجل ما بيناه من أن المطالبة للمشتري بحكم الغش والخديعة أنفع له من المطالبة بحكم الكذب؛ وكذلك حكم اجتماع الكذب والغش والخديعة في مسئلة واحدة، كحكم انفراد الغش والخديعة دون الكذب في القيام والفوات من أجل أن المطالبة بحكم الغش والخديعة أنفع للمشتري.

فصـــل

فأحكام المرابحة جارية على هذه الوجوه وهي سبعة، (أحدها) الكذب في الثمن بانفراده، (والثاني) التدليس بالعيب بانفراده، (والثالث) الغش والخديعة بانفراده، (والرابع) اجتماع الكذب والتدليس بالعيب، (والخامس) اجتماع الكذب والغش والخديعة، (والسادس) اجتماع الغش والخديعة والتدليس بالعيب، (والسابع) اجتماع الثلاثة الأشياء الكذب في الثمن، والغش والخديعة والتدليس بالعيب، فقف عليها واعرف افتراق أحكامها على ما بيناه وقسمناه، فإنها مستقصاة صحيحة على أصل ابن القاسم ومذهبه، ولم أرها ملخصة لأحد ممن تقدم كهذا التلخيص.

فصـــل

وسحنون يرد بعض مسائل الغش والخديعة إلى حكم الكذب ويجعل القيمة فيها كالثمن الصحيح، يريد يوم باعها، في مثل الذي اشترى السلعة فحالت سوقها بنقصان، ثم باعها مرابحة ولم يبين ـ ويريد ـ والله أعلم ـ يوم ابتاعها ـ في مثل الذي اشترى السلعة فطالت إقامتها عنده وحالت أسواقها بزيادة، ثم باع ولم يبين؛ ويأتي على مذهبه في الذي ابتاع السلعة بثمن إلى أجل، ثم باعها مرابحة ولم يبين أن تكون القيمة الصحيحة يوم باعها بأن كانت أسواقها قد حالت بنقصان من يوم ابتاعها إلى يوم باعها، وأن تكون القيمة الصحيحة منها يوم ابتاعها إن كانت حالت أسواقها بزيادة من يوم ابتاعها إلى يوم باعها.

فصـــل

وإن[٢٦] ادعى البائع الغلط في بيع المرابحة وأتى[٢٧] في ذلك بما يشبه من رقم أكثر مما بـاع به أو إشهاده قوماً قاسموه، أو ما أشبه ذلك؛ صدق وكان له الرجوع؛ فهذا حكم بيع المرابحة ملخصاً، وسيأتي مفصلاً مفسراً في مواضعه من الكتاب إن شاء الله تعالى.

(٢٦) وإن: ت ح ٢ هـ، فإن: ح ١.

(٢٧) وأتى: ح ١ ح ٢، فأتى: ت هـ.

فصــل

وأما بيع المكايسة فهو أن يساوم الرجل الرجل في سلعته[٢٨] فيبتاعها منه بما يتفقان عليه من الثمن، ثم لا قيام للمبتاع فيها بغبن ولا بغلط على المشهور من الأقوال، وقد قيل إنه يرجع بالغلط، وهو ظاهر ما في كتاب الأقضيـة من المدونة وما في سماع ابن القاسم[٢٩] من جامع البيوع، وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم في الكتاب المذكور في الذي يشتري ياقوتة وهو لا يظنها ياقوتة ولا يعرفها البائع ولا المشتري أن البيع يرد خلاف ما في سماع أشهب؛ وأما بالغبن ـ وهو الجهل بقيمة المبيع ـ فلا رجوع له في بيع المساومة، وهذا ظاهر ما في سماع ابن القاسم من كتاب الرهون، ولا أعرف في المذهب في ذلك نص خلاف، وكان من الشيوخ من يحمل مسئلة سماع أشهب من الكتاب المذكور على الخلاف في ذلك وليس بصحيح، لأنها مسئلة لها معنى من أجله أوجب الرد بالغبن، فليست بخلاف المشهور في المذهب ولظاهر رواية ابـن القـاسم عن مالك المذكور، وقد حكى بعض البغداديين على المذهب ورواه ابن القصار أنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث فتأمله وقف عليه إن شاء الله.

فصــل

وأما بيع المزايدة فهو أن يطلق الرجل سلعة في النداء ويطلب الزيادة فيها، فمن أعطى فيها شيئاً لزمه إلا أن يزاد عليه فيبيع البائع من الذي زاد عليه أولاً يمضيها له حتى يطول الأمد وتمضي أيام الصياح، فإن أعطى رجلان فيها ثمناً واحداً تشاركا فيها على مذهب ابن القاسم، وقيل إنها للأول ولا يأخذها غيره إلا بالزيادة وهو قول عيسى بن دينار في سماعه مـن كتاب الجعل والإجارة، قال وإنما يشتركان فيها إذا أعطيا الثمن معاً في حال واحدة.

---

(٢٨) سلعته: ت ح ١ ح ٢، سلعة: هـ.
(٢٩) ابن القاسم: ت ح ٢ هـ، عيسى: ح ١.

فصـــل

وأما بيع الاستئمانة والاسترسال، فهو أن يقول الرجل اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس، فإني لا أعلم القيمة، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن، وقال ابن حبيب إن الاسترسال إنما يكون في البيع أن يقول الرجل للرجل بع مني كما تبيع من الناس وأما في الشراء فلا، ولا فرق بين الشراء والبيع في هذا والله أعلم.

فصـــل

فالبيع والشراء على هذا الوجه جائز، إلا أن البيع على المكايسة أحب إلى أهل العلم وأحسن عندهم والقيام بالغبن في البيع والشراء إذا كان على الاسترسال والاستئمانة واجب بإجماع لقول رسول الله ﷺ **غبن المسترسل ظلم**(٣٠) وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

---

(٣٠) أخرجه الطبراني عن أبي أمامة بلفظ: (غبن المسترسل حرام)، ذكره السيوطي في الجامع الصغير، ووضع عليه علامة الضعف (ض) وذكره من رواية البيهقي عن أنس بلفظ (غبن المسترسل ربا) وقال: إنه روي كذلك عن جابر، وعن علي.
انظر فيض القدير ٤/٤٠٠.



كتاب الاستبراء[1]

القول في حقيقة لفظ الاستبراء[2]، الاستبراء هو: البحث عن الأمر والكشف عنه والوقوف على حقيقته؛ هذا موضوع هذه اللفظة في اللغة إلا أنها قد تصرفت عند الفقهاء بالكشف عن حال الأرحام ليعلم أَن كانت بريئة من الحمل أو مشغولة به؛ وذلك يكون بالحيض الذي كتبه الله على بنات آدم وجعله حفظاً للأنساب وعلماً لبراءة الأرحام أو ما يقوم مقام الحيض عند عدمه من الشهور والأيام.

فصــل

واستبراء الإماء في البيع واجب لحفظ النسب كوجوب العدة التي فرضها الله في كتابه وجعلها حداً من حدود عباده، قال رسول الله ﷺ يوم سبى أوطاس؛ **لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض**[3]،وقال رسول الله ﷺ: **«مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ واليَوْمِ الآخرِ فلاَ يَغْشَى رَجُلَانِ امْرَأَةً فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ»**[4]. فوجب على كل من

(١) هكذا ثبت كتاب الاستبراء بعد كتاب المرابحة، في سائر النسخ التي بين أيدينا، وجاء ذكره في المدونة عقب كتاب الإيلاء واللعان، وفي العتبية بعد الحج الثاني، ولعل الأنسب ذكره عقب كتاب العدة كما في الرسالة ومختصر خليل.

(٢) كتاب الاستبراء، القول في حقيقة لفظ الاستبراء: ت ح ٢، كتاب الاستبراء، فصل في حقيقة الاستبراء: هـ، كتاب الاستبراء بسم الله الرحمان الرحيم وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله، القول في حقيقة الاستبراء: ح ١.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي من حديث أبي سعيد الخدري.

(٤) أخرجه أبو داود من حديث رويفع بن ثابت بلفظ (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلايـات سبياً في السبي حتى يستبرئها)، الحديث انظر الفتح الكبير ٢٣٢/٣.

انتقل إليه ملك أمة ببيع أو هبة أو ميراث أو وصية أو بأي وجه كان من وجوه الملك ـ ولم يعلم براءة رحمها ـ أن لا يطأها حتى يستبرئها، وسواء كانت الأمة رفيعة أو وضيعة كبيرة أو صغيرة[5] إذا كانت ممن يوطأ مثلها، ولا يؤمن الحمل عليها فإن أمن الحمل عليها لصغرها أو كبرها وكانت[6] الصغيرة ممن يوطأ مثلها، فمذهب مالك رحمه الله تعالى وأكثر أصحابه إيجاب الاستبراء فيها، وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أنه لا يجب الاستبراء فيها، وجاء ذلك عن جماعة من السلف منهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والقاسم بن محمد، وابن شهاب، وأبو الزناد، وربيعة، وابن هرمز وغيرهم.

فصل

والاستبراء يجب بأربعة أوصاف وهي الملك وأن لا يعلم براءة الرحم وأن يكون الفرج حلاله وأن لا يكون حلاله قبل ذلك فمتى انخرم وصف من هذه الأوصاف لم يجب الاستبراء.

فصل

فإذا قلنا هذا فإن الاستبراء يحصل بما يغلب على الظن ببراءة الرحم به من الحمل، وذلك حيضة واحدة في ذوات الحيض، إذ لا يتعلق بها معنى من العبادة ولا حرمة الحرية، فيشترط فيه تكرير الحيض كالعدة.

فصل

فأما من لا تحيض من صغر أو كبر، فاستبراؤها على مذهب مالك رحمه الله تعالى وأصحابه ثلاثة أشهر، وقيل شهران وقيل شهر ونصف، وقيل شهر واحد، وحجة من قال شهر أن الله جعل العدة في الطلاق ثلاثة قروء في ذوات الحيض، وفي اليائسة من المحيض، والتي لم تحض[7] ثلاثة أشهر، فكان بإزاء كل قرء

(٥) كبيرة أو صغيرة: ت ح ١ ح ٢، صغيرة أو كبيرة: هـ.
(٦) أو كانت: ح ١، وكانت: ت ح ٢ هـ، أو كانت: ح ١.
(٧) والتي لم تحض: ح ١ ح ٢ هـ، واللآئي لم يحضن: ت.

شهر، فكما وجب على الأمة في الاستبراء حيضة واحدة إذا كانت ممن تحيض وجب عليها ـ إذا كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر شهر واحد، وهذه حجة من قال استبراؤها شهران في الشهر الواحد؛ وقال في الثاني إنه زيد عليها استقصاء للريب؛ وحجة من قال شهر ونصف، أن عدة الحرة اليائسة من المحيض أو التي لم تحض ثلاثة أشهر، والأمة على النصف من الحرة في عدة الطلاق؛ فشددوا عليها في البيع فبلغوها في الاستبراء فيه مبلغ الاستبراء في الطلاق، وهذا كله لا حجة فيه؛ والقول ما قال مالك وأصحابه، لأن الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، والاستبراء إنما هو ليعلم براءة الرحم من الحمل، فإذا لم يتبين الحمل في أقل من ثلاثة أشهر، وجب أن لا يحصل الاستبراء بدونها، وهذا بين لمن تأمله.

فصل

فإن كانت الأمة ممن تحيض فاستحيضت أو[8] ارتفعت حيضتها فقيل تستبرىء تسعة أشهر رواه ابن وهب وأشهب عن مالك، وروى ابن غانم وابن القاسم عنه أن ثلاثة أشهر تجزىء في استبرائها إذا نظر إليها النساء فلم يجدن بها حملاً.

فصل

وأما إن كانت لا تحيض من مرض أو رضاع، أو لا تأتيها حيضتها إلا من فوق التسعة الأشهر إلى مثل ذلك، فثلاثة أشهر تبرئها من الاستبراء، ولا أعلم[9] في هذا نص خلاف وقد يدخل الخلاف في بعض هذه الوجوه بالمعنى، واختلف قول ابن القاسم إذا كانت تحيض من فوق الثلاثة الأشهر إلى فوق الثلاثة فيما دون التسعة الأشهر، هل تنتظر الحيض أو تبرأ بالثلاثة الأشهر.

فصل

فإن اشترى الرجل أمة فوطئها قبل أن يستبرئها فعليه العقوبة الموجعة مع

(٨) أو ارتفعت: ت ح ٢، وارتفعت: ح ١ هـ.
(٩) أعلم: ح ١ ح ٢، أعرف: ت هـ.

طرح الشهادة، فإن حملت فماتت قبل أن تضع وقد كان البائع وطئها في ذلك الطهر، فمصيبتها منه كان موتها بأقل من ستة أشهر من يوم وطئها المشتري، أو لأكثر[١٠] منها ما بينها وبين ما تلحق به الأنساب من الأول، وإن لم يكن البائع وطئها في ذلك الطهر فمصيبتها من المبتاع.

فصل

فإن لم تمت ووضعت فلا يخلو وضعها من أن يكون لأقل من ستة أشهر أو لأكثر منها، فإن كان لأقل من ستة أشهر والبائع مقر بالوطء في ذلك الطهر، فالولد ولده والأمة أم ولد له سقطاً كان الولد أو تماماً، حياً كان أو ميتاً، وأما إن كان البائع منكراً للوطء في ذلك الطهر، فالولد ولد الأمة لا والد له والمشتري بالخيار إن شاء أن يأخذها وإن شاء أن يتركها، لأن ذلك عيب فيها؛ وهذا إذا ولدته حياً أو ميتاً تام الخلقة، لا يشبه أن يكون من المشتري، وأما إن وضعته سقطاً يشبه أن يكون من المشتري فهو منه وهي أم ولد له وأما إن أتت به لستة أشهر فصاعداً قال في رواية أصبغ عن ابن القاسم أو مقدار نقصانها بالأهلة والبائع مقر بالوطء في ذلك الطهر، فلا يخلو ذلك من وجهين، أحدهما أن تكون وضعته حياً والثاني أن تكون وضعته ميتاً أو سقطاً، فأما إن كان حياً فإنه تدعى له القافة فمن ألحقوه به منهما لحق به، وكانت الأمة أم ولد له، وهذا إذا لم يدعيا الولد؛ فأما إن ادعياه جميعاً فإن الأمة تكون معتقة منهما جميعاً ويرجع المشتري بنصف الثمن على البائع؛ وأما إن كان ميتاً أو سقطاً ففي ذلك اختلاف، روى أصبغ عن ابن القاسم أنه من المبتاع وأن الأمة أم ولد له، وقال يحيى بن سعيد في المدونة تعتق عليهما جميعاً، والأظهر أن يلحق بالبائع وتكون الأمة أم ولد له؛ وأما إن كان البائع منكراً للوطء فالأمة أم ولد للمبتاع وولدها لاحق به، وقد قيل إن الولد للأول والأمة أم ولد منه فإن ولدته حياً لأكثر من ستة أشهر فلا تدعى له القافة، لأن فراش الأول صحيح وفراش الثاني فاسد، وقد قال رسول الله ﷺ الولد للفراش وللعاهر الحجر[١١]

---

(١٠) لأكثر: ح ١ ح ٢ هـ، أكثر: ت.

(١١) مر تخريجه.

وأجمعوا ـ لهذا الحديث ـ أن الزوجين إذا وطئا المرأة في طهر واحد أن الولد للأول وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر لصحة فراشه، ولا فرق بين الموضعين.

فصـــل

وإن بقيت الأمة المبيعة بيد البائع فوطئها بعد البيع قبل الاستبراء، وقد كان المبتاع ائتمنه على استبرائها وهي ممن تجب مواضعتها لرفعتها، أو لأن البائـع كـان يطؤها فإنها تكـون أم ولد له ويبطل البيع، وإن كان وطؤه إياها بعد استبرائها بائتمان المبتاع له على استبرائها وكانت من وخش الرقيق التي لا مواضعة فيها وقد انتقد فإنه يحد ولا يلحق به الولد وتكون الأمة وولدها للمبتاع، واختلف إن كان لم ينقد[١٢] ووطئها وهي عنده محبوسة بالثمن؛ فقال ابن القاسم يدرأ عنه الحد بالشبهة ويأخذ المشتري جاريته وتكون على البائع قيمة الولد، وقال سحنون تكون له أم ولد ويبطل البيع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

فصـــل

في معنى المواضعة ووجوبها قد مضى الكلام في الاستبراء وأنه واجب عند الجميع لحفظ النسب[١٣] كوجوب العدة التي أوجبها الله في كتابه وجعلها حداً من حدود عباده؛ وأما المواضعة وهي أن توضع الأمة المستبرأة على يدي امرأة عدلة حتى تحيض، فإن حاضت تم البيع فيها للمشتري، وإن لم تحض وألفيت حاملاً ردت إلى البائع، إلا أن يشاء المشتري إذ يقبلها إن لم يكن الحمل من البائع؛ فهي واجبة عند مالك رحمه الله تعالى وعامة أصحابه لرفع الغرر والخطر والسلف الذي يجر المنافع ـ إن نقد في الأمة الرفيعة التي تراد للوطء وليست بظاهرة الحمل ولا معرضة لحمل يتبعها فـي البيع، كذات الزوج والزانية وفي التي وطئها البائع وإن كانت وضيعة؛ وأخصر من هذه العبارة أن نقول إن المواضعة تجب في الأمة التي

---

(١٢) واختلف إن كان لم ينتقد: ح ١ ح ٢، واختلف إن كان لم ينقد: ت، واختلفوا إذا كان لم ينتقد: هـ.

(١٣) النسب: ح ١ ح ٢، الأنساب: ت هـ.

ينقص الحمل من ثمنها كثيراً وفي التي وطئها البائع فيصح ذلك، لأن الوخش وذات الزوج والزانية لا ينقص الحمل من قيمتها كثيراً، والصغيرة لا يخشى منها الحمل، إذا كان مثلها لا يوطأ.

فصــل

واختلف في التي توطأ ولا يحمل مثلها لصغرها، فرأى مالك رحمه الله تعالى فيها المواضعة، وقال مطرف وابن الماجشون لا مواضعة فيها وهو مبني على استبراء من كانت في هذا الحد وقد تقدم ذكر ذلك.

فصــل

وإنما وجبت المواضعة فيمن كانت هذه صفتها من الإماء ولم يكن الحمل إن ظهر بها كسائر ما يظهر من العيوب بالمبيع فيكون المشتري مخيراً بين الرد والإمساك، أو كالجنون والجذام والبرص الذي إن ظهر بالعبد أو الأمة في السنة رد به وجاز البيع من غير مواضعة، لأن الجنون والجذام والبرص أمر نادر في توقيف العبد والأمة حولاً كاملاً لاستبراء الجنون، والجذام والبرص ضرر بين بالمتبايعين؛ وأما الحمل في الأمة فليس بنادر بل هو أمر عام، وقد قال مالك رحمه الله تعالى جل النساء على الحمل ومدة إيقافها للمواضعة يسيرة لا ضرر في ذلك على المتبايعين، وفيه رفع الغرر والخطر وغير ذلك مما لا يجوز من السلف الذي يجر نفعاً إن نقد المشتري الثمن.

فصــل

والحكم بالمواضعة واجب في كل بلد كانت جارية فيه أو لم تكن، لم يختلف قول مالك رحمه الله في ذلك كما اختلف في العهدة؛ وكذلك تجب أيضاً عنده على كل أحد كان حاضراً أو مسافراً، وقد سئل مالك رحمه الله عن ذلك في أهل منى وأهل مصر عند الخروج إلى الحج في الغرباء الذين يقدمون فرأى أن يحملوا على ذلك على ما أحبوا أو كرهوا، وسواء باع الأمة ربها أو وكيل له، أو

باعها عليه السلطان في الدين ـ وإن كان بيعه بيع براءة، المواضعة في ذلك كله واجبة، لأن بيع البراءة لا يسقط المواضعة عند مالك، وسواء باع بنقد أو إلى أجل، كان ممن يطأ أو لا يطأ؛ إلا أنه إن باع بنقد لم يجز النقد في المواضعة بشرط ـ لما قدمناه من أنه يدخل ذلك البيع والسلف الذي يجر منفعة.

فصـــل

وقد اختلف في توقيف الثمن في أيام المواضعة هل يحكم به أم لا على قولين، وظاهر ما في كتاب البيوع الفاسدة من المدونة أنه يوضع على يدي عدل وهو قول مالك رحمه الله في الواضحة وكتاب ابن عبدوس وقول ابن المواز، وفي العتبية لمالك خلاف ذلك، أنه لا يحكم بوضعه على يدي عدل ولا يجب على المشتري إخراج الثمن حتى تجب له الأمة بخروجها من الاستبراء وهو ظاهر ما في كتاب الاستبراء من المدونة.

فصـــل

فإن وضع الثمن على يدي عدل فتلف قبل خروجها من الاستبراء كانت مصيبته ممن كان يصير إليه هذا قول مالك رحمه الله تعالى في كتاب الاستبراء من المدونة، وقيل إن الثمن من المبتاع، وروي ذلك عن مالك؛ وعلى قوله هذا إن خرجت الجارية صحيحة من المواضعة لزمه ثمن آخر للبائع وتم البيع بينهما، وقيل إنه يفسخ البيع؛ ومعناه ـ عندي إن لم يرد أن يؤدي ثمناً آخر من عنده، واختلف أيضاً إن خرجت معيبة في المواضعة والثمن قد تلف، فقيل إنه يأخذها بالثمن التالف، وقيل ليس ذلك له إلا بثمن آخر، وفرق ابن الماجشون في ديوانه على ما فسر ابن عبدوس عنه بين أن يحدث العيب قبل تلف الثمن أو بعده، فقال إن حدث العيب قبل تلف الثمن، كان له أن يأخذها معيبة بذلك الثمن التالف؛ لأن الخيار قد كان وجب له قبل تلف الثمن، فليس يسقط ذلك عند تلف الثمن، وإن تلف الثمن بعد حدوث العيب لم يكن له أن يأخذها بذلك الثمن التالف إلا بثمن يدفعه.

فصـــل

وضمان الأمة في عهدة المواضعة ومن البائع والنفقة عليه فما[14] لحقها من موت أو نقص جسم فهو من البائع، وللمبتاع في الموت إمساك جميع الثمن إن كان لم يخرجه، وارتجاعه إن كان أخرجه؛ وله فيما كان من نقص في جسدها خيار الرد بالعيب والإمساك، وأما ما كان في غير جسدها كالزنا والسرقة وشرب الخمر وما أشبه ذلك، فجمهور أصحاب مالك رحمه الله تعالى على أن له الرد بذلك، وحكى ابن حبيب عن أصبغ أنه لا يردها به، وجه قول الجمهور أن هذا عيب لو كان أقدم من أمد التبايع لردت به، فإذا حدث في مدة المواضعة كان له الرد به كنقص الجسم؛ ووجه قول أصبغ أن مثل هذا يمنع البائع بيعها أبداً لأنها متى أرادت البقاء عنده أحدثت مثل هذا في مدة المواضعة فترد عليه، وما كان بهذه الصفة وجب أن يمنع منه.

فصـــل

وما حدث لها من مال بهبة أو صدقة أو ما أشبه ذلك فهو للبائع، إلا أن يكون المشتري اشترط مالها في البيع، فيكون ما حدث لها من مال في المواضعة تبعاً للمال.

فصـــل

وأما ما حدث لها من ولد فقال ابن القاسم هو للمبتاع، لأنه كعضو منها أصله نماء[15] الجسم وقال أشهب هو للبائع، ووجه قوله إنه نماء منفصل عنها في مدة المواضعة أصله نماء المال.

فصـــل

فإن اشترط البراءة من الحمل في الرفيعة فالبيع فاسد والمصيبة فيها من المشتري إن تلفت بعد قبضه لها كحكم البيوع الفاسدة، وذلك بعد خروجها من

---

(14) فما: ح ١ ح ٢، وما: ت هـ.

(15) فأشبه نماء: ت ح ١ ح ٢، فأشبه ذلك نماء: هـ.

عهدة الثلاث ـ والله أعلم، هذا هو المشهور من قول مالك وأصحابه رحمهم الله وقيل الشرط باطل والبيع جائز وقع هذا القول في كتاب محمد رحمه الله، وقال ابن عبد الحكم الشرط جائز والبيع جائز قياساً على ما رجع إليه مالك من إجازة البراءة من الجنون والجذام والبرص بعد أن كان يقول لا تجوز البراءة فيما يعظم من الأشياء.

فصـــل

وأما إن باعها بشرط ترك المواضعة فالبيع جائز والشرط باطل، ويحكم بينهما بالمواضعة وتخرج من يد المشتري إلى المواضعة، فإن تلفت بيد المشتري قبل أن يعثر على ذلك فيما يكون فيه استبراء لها من المدة ـ وذلك شهر على ما قاله ابن المواز وابن حبيب إن لم تكن أيام حيضتها معروفة، إذ الشهر أغلب أحوال النساء في الحيض وإن كانت أيام حيضها معروفة، بقدرها، كانت مصيبتها من المشتري. وإن لم يمض لها من المدة ما تستبرأ فيه فماتت، كان ضمانها من البائع، هذا قول مالك رحمه الله في المدونة ومثله حكى ابن حبيب في الواضحة وفي المبسوط لإسماعيل القاضي عن مالك رحمهما الله أن المصيبة من المشتري إن كان تلفها عنده بعد انقضاء عهدة الثلاث في البيع على هذا الوجه؛ وجه هذا القول أن هذا الشرط لا يفسد البيع فيعمل ما لم يحكم بنقضه؛ ووجه القول الأول أن الشرط فاسد يجب الحكم بفسخه فلا يجب إعماله قبل الفسخ؛ وقد قال أبو بكر الأبهري إن البيع على شرط ترك المواضعة فاسد، ومثله في كتاب ابن المواز في قول، وهو على مذهب ابن عبد الحكم بيع جائز وشرط لازم، وأما إن دفعها إلى المشتري جهلاً بصفة المواضعة ولم يشترط إسقاطها، فالبيع جائز باتفاق وتخرج إلى المواضعة؛ وأما إن باعها وتبرأ من حملها ـ وهو مقر بوطئها ـ فجعله في المدونة بيعاً فاسداً، وذهب ابن حبيب إلى أنه ليس بفاسد وتخرج إلى المواضعة.

فصـــل

فإن أراد المبتاع بعد أن اشترى على المواضعة وصح عقد البيع أن يسقط المواضعة ويرضى بالأمة وإن كانت حاملاً كان ذلك له عند ابن القاسم وإن كره

البائع، وقال سحنون لا يجوز، ووجه قوله أنه أسقط الضمان عن البائع على أن يتعجل خدمة الجارية ويدخله على مذهب سحنون سلف جر منفعة، لأنه عجل له النقد بما تعجل من منفعة الجارية.

فصـــل

والمواضعة تكون بما يحصل به الاستبراء قد تقدم الكلام على ذلك، فإن اشتراها في أول دمها أجزأته تلك الحيضة في المواضعة، وإن كانت في آخر الحيض لم يجزه ذلك واستقبلت المواضعة في الحيضة الثانية؛ ووجه ذلك أن الرحم في أول الحيض لا يقبل المني لما ترخيه من الدم، وفي آخره قد يقبله لقلة الدم؛ فافترق لذلك أول الحيض من آخره، وقد قيل إنه لا بد من حيضة مستقلة كالمعتدة لا تعتد إلا بالطهر، حكى هذا القول ابن شعبان في الزاهي واختاره وأخذ به وحكاه الفضل عن مالك من رواية أشهب عنه.

فصـــل

والمواضعة في الاستقالة واجبة إذا استقاله بعد أن خرجت من الحيضة، لأن الإقالة بيع حادث، واختلف في الرد بالعيب هل تجب فيه المواضعة أم لا على اختلافهم فيه: هل هو نقض بيع أو ابتداء بيع وانظر من تزوج امرأة بجارية رائعة هل تجب فيها المواضعة أم لا؟ فإني لا أعرف في هذه المسئلة لأصحابنا نصاً وهي محتملة، لأن النكاح طريقه المكارمة ويجوز فيه من الغرر ما لا يجوز في البيوع وإيجاب المواضعة فيها أظهر والله أعلم وبه التوفيق.

كتاب التجارة إلى أرض الحرب[1]

ما جاء في التجارة إلى أرض الحرب، ووجه الكراهية في ذلك عند أهل العلم، كره مالك رحمه الله الخروج إلى بلاد الحرب للتجارة في البر والبحر كراهية شديدة، قال في سماع ابن القاسم وقد سئل عن ذلك فقال قد جعل الله لكل نفس أجلاً تبلغه ورزقاً ينفذه، وهو تجرى عليه أحكامهم فلا أرى ذلك. وأصل الكراهية لذلك، أن الله تعالى أوجب الهجرة على من أسلم ببلاد الكفر، إلى بلاد المسلمين حيث تجرى عليه أحكامهم؛ فقال تعالى: ﴿ وَالذِيْنَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ ولَايَتِهِـمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهاجِرُوا ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿ إنَّ الذِيْنَ تَوَفَّيهُمُ المَلاَئِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعفين في الأَرْض قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا فَأُوْلَئِكَ مَأْوَيهُمْ جَهَنَّمُ وَسَاءَتْ مَصِيراً ﴾[3]، نزلت هذه الآية فيما قال ابن عباس وغيره من أهل التأويل والتفسير في قوم من أهل مكة كانوا قد أسلموا وآمنوا بالله ورسوله فتخلفوا عن الهجرة معه حين هاجر فعرضوا على الفتنة فافتتنوا وشهدوا[4] مع المشركين حرب المسلمين، فأبى الله قبول

(١) كتاب التجارة إلى أرض الحرب، ما جاء: ت ح هـ، كتاب التجارة إلى أرض الحرب بسم الله الرحمان الرحيم وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله، ما جاء: ح ١.

(٢) الآية: ٧٢ ـ سورة الأنفال.

(٣) الآية: ٩٧ ـ سورة النساء.

(٤) فعرضوا على الفتنة فافتتنوا وشهدوا: ت، فعرض على الفتنة فافتتن وشهد: ح ١ ح ٢ هـ.

معذرتهم[5] التي اعتذروا بها حيث يقول مخبراً عنهم: ﴿**كُنَّا مُسْتَضْعَفِين فِي الأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيها**﴾، أي فتتركوا هؤلاء الذين يستضعفونكم، ﴿**فَأُوْلَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّم وَسَاءَتْ مَصِيراً**﴾، ثم أنزل الله تعالى عذر أهل الصدق فقال: ﴿**إِلاَّ الْمُسْتَضْعِفينَ مِنْ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلدانِ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلاَ يَهْتَدُونَ سَبِيلاً**﴾[6]، أي لا يهتدون سبيلاً يتوجهون إليه لو خرجوا لهلكوا، فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم - يعني في إقامتهم بين ظهراني المشركين.

فصـــل

فكانت الهجرة إلى النبي ﷺ قبل فتح مكة على من أسلم من أهلها واجبة مؤبدة، افترض الله عليهم فيها البقاء مع رسوله عليه السلام حيث استقر، والتحول معه حيث تحول، لنصرته وموازرته وصحبته، وليحفظوا عنه ما يشرعه[7] لأمته ويبلغوا ذلك عنه إليهم ولم يرخص لأحد منهم في الرجوع إلى وطنه وترك رسول الله ﷺ؛ ألا ترى أن رسول الله ﷺ قال في حجة الوداع: **لا يقيمن مهاجر بمكة بعد قضاء نسكه فوق ثلاث**[8]. خص الله بهذا من آمن من أهل مكة بالنبي ﷺ وهاجر إليه ليتم له بالهجرة إليه والمقام معه وترك العودة إلى الوطن الغاية من الفضل الذي سبق لهم في سابق علمه وهم الذين سماهم الله بالمهاجرين، ومدحهم بذلك فلا ينطلق هذا الاسم على أحد سواهم.

فصـــل

فلما فتح الله مكة قال رسول الله ﷺ «**مَضَتِ الْهِجْرَةُ لأَهْلِهَا**»، أي فازوا بها وحصلوا عليها وانفردوا بفضلها دون من بعدهم، وقال ﷺ: «**لَا هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْح وَلَكِنْ جِهَادٌ وَنية**[9]، **فَإِذَا**[10] **اسْتُنْفِرْتُمْ فَانْفِرُوا**»، أي لا يبتدىء أحد من أهل مكة

---

(5) انظر تفسير القرطبي، ٣٣٥/٥، وابن كثير ٥٤٢/١.

(6) الآية: ٩٨ - سورة النساء.

(7) يشرعه: ح ١ ح ٢ هـ، شرعه: ت.

(8) أخرجه الخمسة من حديث العلاء بن الحضرمي بلفظ، يقيم المهاجر بعد قضاء نسكه ثلاثاً.

(9) حديث متفق عليه.

(10) فإذا ح ١ ح ٢ هـ، وإذا: ت.

ولا غيرهم هجرة بعد الفتح فينال بذلك درجة من هاجر قبل الفتح، ويستحق أن يسمى باسمهم ويلحق بجملتهم، لأنَّ فرض الهجرة منسقط[11] بل الهجرة باقية لازمة إلى يوم القيامة واجب[12] بإجماع المسلمين على من أسلم بدار الكفر: أن لا يقيم بها حيث تجرى عليه أحكام المشركين[13] وأن يهاجر ويلحق بدار المسلمين حيث تجرى عليه أحكامهم، قال رسول الله ﷺ **«أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ مُقِيمٍ مَعَ الْمُشْرِكِينْ»**[14]، إلا أن هذه الهجرة لا يحرم على المهاجر بها الرجوع إلى وطنه، إن عـاد دار إيمـان وإسلام، كما حرم على المهاجرين من أصحاب رسول الله ﷺ الرجوع إلى مكة للذي ذخره الله لهم من الفضل في ذلك.

فصـــل

فإذا وجب بالكتاب والسنة وإجماع الأمة على من أسلم ببلد الحرب[15] أن يهاجر ويلحق بدار المسلمين ولا يثوي بين المشركين ويقيم بين أظهرهم، لئلا تجرى عليه أحكامهم؛ فكيف يباح لأحد الدخول إلى بلادهم حيث تجرى عليه أحكامهم في تجارة أو غيرها، وقد كره مالك رحمه الله تعالى أن يسكن أحد ببلد يسب فيه السلف، فكيف ببلد يكفر فيه بالرحمن وتعبد فيه من دونه الأوثان، لا تستقر نفس أحد على هذا إلا وهو مسلم سوء مريض الإيمـان.

فصـــل

ولا[16] يجوز لأحد من المسلمين دخول أرض الشرك لتجارة ولا لغيرها إلا لمفاداة مسلم، فإن دخلها لغير ذلك طائعاً غير مكره كان ذلك جرحة فيه تسقط إمامته

(١١) لأن فرض الهجرة منسقط: ح ١ ح ٢، لا بأن فرض الهجرة قد سقط: ت. لأن فرض الهجرة ساقط والهجرة باقية: هـ.

(١٢) واجب: ح ١ ح ٢ هـ، واجبة: ت.

(١٣) أحكام المشركين: ح ١ ح ٢، أحكامهم: ت هـ.

(١٤) رواه أبو داود والترمذي من حديث جرير.
انظر الفتح الكبير ١/٢٧١.

(١٥) الحرب: ح ١ ح ٢ هـ، الكفر: ت.

(١٦) ولا: ح ٢ هـ، فلا: ت ح ١.

وشهادته؛ قال ذلك سحنون، وينبغي أن يحمل قوله على التفسير لما في كتاب الولاء والمواريث من المدونة من إجازة شهادتهم، لاحتمال أن يكونوا لم يدخلوا بلاد الشرك طائعين، وإنما ردتهم الريح إليها وهم يريدون غيرها، وإن كان تكلم على أنهم دخلوا طائعين، فلعله إنما أجاز شهادتهم بعد أن تابوا وظهر صلاحهم، وهذا محتمل يتناول قوله ﷺ ـ لأنه يبعد أن تجاز شهادة من سافر إلى أرض الحرب للتجارة وطلب الدنيا ـ وهو عارف بأن ذلك لا يجوز له، وأن أحكام الشرك تجري عليه، وبما هو أدنى من هذا يجرح الشاهد وتسقط شهادته.

فصـــل

فواجب على والي المسلمين أن يمنع من الدخول إلى أرض الحرب للتجارة ويضع المراصد في الطرق والمسالح لذلك، حتى لا يجد أحد السبيل إلى ذلك، لا سيما إن خشي أن يحمل إليهم ما لا يحل بيعه منهم مما هو قوة على أهل الإسلام لاستعانتهم به في حروبهم.

فصـــل(17)

وأما مبايعة أهل الحرب ومتاجرتهم إذا قدموا بأمان، فذلك جائز، روي عن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال بينما نحن عند رسول الله ﷺ ـ إذ جاء رجل مشرك مشعار طويل بغنم يسوقها، فقال له رسول الله ﷺ ـ **أبيعاً أم عطية أم هبة؟** فقال بل بيع، فاشترى ﷺ منها شاة، بوب البخاري ـ رحمه الله تعالى على هذا الحديث باب البيع والشراء مع المشركين وأهل الحرب.

فصـــل

إلا أنه لا يجوز أن يبايعوا شيئاً مما يستعينون به في حروبهم من كراع أو سلاح أو حديد، ولا شيئاً مما يرهبون به على المسلمين في قتالهم مثل الرايات وما يلبسون في حروبهم من الثياب(18) فيباهون بها على المسلمين، وكذلك النحاس، لأنهم يعملون منه الطبول فيرهبون بها على المسلمين ولا يجوز أن يباع منهم العبد النصراني، لأنه يكون دليلاً على المسلمين وعورة عليهم.

(17) كلمة (فصل) ساقطة في ت هـ، ثابتة في ح ١.

(18) من الثياب: ح ٢ هـ، مثل الثياب: ت ح ١.

فصــل[19]

وإنما يجوز أن يباع منهم من العروض ما لا يتقوى به في الحرب ولا يرهب به في القتال، ومن الكسوة ما يقي الحر والبرد لا أكثر، ومن الطعام ما لا يتقوت به مثل الزيت والملح وما أشبه ذلك، وقد اختلف فيما يتزينون به في كنائسهم وأعيادهم[20] مثل الثياب، هل يجوز أن يباع منهم ذلك أم لا على قولين، ففي سماع ابن القاسم من كتاب الجهاد تخفيف ذلك، وحكى ابن المزين عن أصبغ، أن ذلك لا يجوز؛ وجائز أن يعطوا ذلك في فداء المسلمين باتفاق، وكذلك الخيل والسلاح إذا لم يقبلوا في الفداء غير ذلك فلا بأس أن يفادى بها. قال ابن حبيب مثل الرجل والرجلين والشيء بعد الشيء في الفرط، وأما[21] الشيء الكثير الذي تكون فيه القوة الظاهرة في العدد الكثير فلا يجوز، وأجاز ذلك سحنون إذا لم يرج فداؤه بالمال وذلك ما كان الأسير في بلادهم؛ وأما إن قدموا به بأمان للفداء، فلا يفادى منهم بالسلاح، فإن أبوا إلا ذلك أخذ منهم بالقيمة صاغراً قمئاً، ولم يترك والرجوع به إلى بلده[22] قال ذلك ابن حبيب في الواضحة، وانظر هل يأتي هذا على مذهب ابن القاسم أم لا؟ فإن مذهبه أن من أسلم من عبيدهم لا يباعون عليهم ويتركون وللرجوع بهم إلى بلادهم، وقد اختلفت الروايات عن ابن القاسم في هذا في العتبية، وجائز أن يفادى منهم المسلمون بالعبد النصراني، وبأم ولد المسلم النصرانية؛ قال ابن أبي زيد على أن لا يسترقوها؛ وبالذمي على شرط أيضاً أن لا يسترق ـ قاله سحنون؛ فأما مفاداتهم بالخمر والخنازير، فقال أشهب في العتبية لا يجوز، لأنه لا يحل الدخول في نافلة من الخير بمعصية، وأجاز ذلك سحنون قال لأنها ضرورة، وقد روي عن ابن القاسم أن ذلك أخف من الخيل والسلاح يريد لما على المسلمين من الضرر في فادئهم بالخيل والسلاح.

---

(١٩) كلمة (فصل) ساقطة في ت هـ، ثابتة في ح ١ ح ٢.

(٢٠) وأعيادهم: ت هـ، وأعلامهم: ح ١ ح ٢.

(٢١) وأما الشيء الكثير: ح ١ ح ٢، وأما الشيء الكبير: ت هـ.

(٢٢) يترك ـ والرجوع به إلى بلده: ت ح ١، يتركوا للرجوع به إلى بلدهم: هـ.

فصـــل

وجائز لنا أن نشتري منهم أولادهم وأمهات أولادهم إذا لم تكن بيننا وبينهم هدنة تمنعنا من ذلك؛ وأما ما قدموا به من أموال المسلمين التي حازوا في أوان حربهم، فقال في المدونة لا أحب شراء ذلك منهم، وقال محمد بن المواز لا بأس بشراء ذلك منهم، فإن جاء صاحبه كان له أخذه بالثمن، قال واشتراء العبد المسلم منهم إذا باعوه أفضل من تركه، وكذلك الأمتعة[٢٣] عندي.

فصـــل[٢٤]

وكذلك معاملة أهل الذمة جائزة أيضاً وإن كانوا يستبيحون[٢٥] بيع الخمر والخنازير[٢٦] ويعملون بالربا كما قال الله تعالى عنهم ﴿ **وأخذهم الربا وقد نهوا عنه** ﴾، لأن الله تبارك وتعالى قد أباح أخذ الجزية منهم وقد علم ما يفعلون وما يأتون وما يذرون، ولأنهم لو أسلموا لأحرزوا بإسلامهم ما بأيديهم من الربا، ومن الخمر والخنازير؛ لقول الله عزّ وجلّ: ﴿**فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّه فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ**﴾[٢٧]، ولقول رسول الله ﷺ: «**مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ**»[٢٨]، إلا أن مالكاً رحمه الله كره أن يباع منهم بالدنانير والدراهم المنقوشة، لما فيها من اسم الله تعالى، وكره أيضاً أن يبيع الرجل من الذمي سلعة بدينار أو درهم يعلم أنه أخذه في خمر أو خنزير، ولم ير بأساً أن يأخذ ذلك منه[٢٩] في دين له عليه؛ وهذا على طريق التنزه والتورع؛ وأما في القياس وما يوجبه النظر، فهو جائز لأنه ماله وملكه لا

---

(٢٣) الأمتعة: ح ٢ هـ، الأمة: ت ح ١.
(٢٤) كلمة (فصل) ساقطة في هـ، ثابتة في ت ح ١ ح ٢.
(٢٥) يستبيحون: ح ١ ح ٢ هـ، يستحلون: ت.
(٢٦) الخنازير: ح ١ هـ، الخنزير: ت، وهي ساقطة في ح ٢.
(٢٧) الآية: ٢٧٥ ـ سورة البقرة.
(٢٨) أخرجه ابن عدي والبيهقي من حديث أبي هريرة، وهو حديث ضعيف، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٦٢.
(٢٩) منه: ح ١ ح ٢ هـ، عليه: ت.

يصح لنا نزعه من يده، ولو أسلم عليه، لساغ له ملكه ولم يكن عليه أن يتنحى عن شيء منه، وذلك إذا باع بذلك الدينار الخمر من ذمي؛ وأما إن باعها به من مسلم، فهو أشد، لأن سحنون يرى أن يتصدق به على المساكين وإن قبضه، خلافاً لابن القاسم، فعلى قول سحنون لا يجوز أن يبيعه بذلك الدينار شيئاً إذا علم أنه ثمن الخمر التي باعها من المسلم، إلا على تأويل ضعيف وهو أن الدينار لا يتعين للمساكين على مذهب من يرى أن العين لا تتعين.

فصل

وقد اختلف أصحابنا إذا لم يقبض ثمن الخمر والخنازير وكان قد[٣٠] باع ذلك من نصراني حتى أسلم، هل يصح له قبضه بعد إسلامه أم لا على قولين، (أحدهما) أنه لا يصح له قبضه قياساً على ما كان له من الربا لم يقبضه وهو قول ابن دينار وابن أبي حازم، (والثاني) أنه يجوز له قبضه بعد إسلامه وهو قول أشهب والمغيرة والمخزومي، وهو مذهب أكثر أصحابنا.

فصل

وفي هذا خمس مسائل (إحداها) أن يسلم إليه ديناراً في دينارين، (والثانية) أن يسلم إليه د يناراً في دراهم أو دراهم في دينار[٣١]، (والثالثة) أن يبيع منه خمراً بدنانير أو دراهم، (والرابعة) أن يسلم إليه دنانير في خمر أو خنزير، (والخامسة) أن يقرضه خمراً أو خنازير فيسلمان جميعاً أو أحدهما؛ فأما المسئلة الأولى وهي أن يسلم إليه ديناراً في دينارين، فإن أسلما جميعاً أو أسلم الذي أسلم الدينار، فليس للمسلم إلا ديناره الذي دفع[٣٢] لقول الله تعالى: ﴿ **وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ** ﴾[٣٣]، وأما إن أسلم المسلم إليه فقال مالك في المدونة لا أدري أخاف إن قضيت عليه برد الدينار أن أظلم الذمي، وله في كتاب ابن المواز

---

(٣٠) وكان قد باع: ح ٢ هـ، وقد كان باع: ح ١، وقد باع: ت.

(٣١) دينار: ت ح ٢ هـ، دنانير: ح ١.

(٣٢) دفع لقول: ت ح ٢ هـ، دفع إليه لقول: ح ١.

(٣٣) الآية: ٢٧٩ ـ سورة البقرة.

أنه يغرم الدينارين إلى النصراني، ومثله لابن القاسم في سماع عيسى من كتاب التجارة إلى أرض الحرب، خلاف قوله في المدونة إنه يقضى عليه برد الدينار ـ كما لو أسلما جميعاً، وأما الثانية وهي أن يسلم إليه ديناراً في دراهم أو دراهم في دينار، فإن أسلما جميعاً رد المسلم إليه ديناره الذي قبض منه أو دراهمه، وكذلك إن أسلم أحدهما على مذهب ابن القاسم في المدونة؛ وأما على مذهب مالك رحمه الله تعالى فإن أسلم المسلم فتؤخذ الدراهم من النصراني المسلم إليه فيبتاع فيها للمسلم ديناراً، فإن فضل فضل رد على النصراني، وإن لم يكن فيها دينار يبتاع له بها منه ما بلغ ولم يكن على النصراني أكثر من ذلك، وأما إن أسلم المسلم إليه فيؤدي الدراهم التي عليه للنصراني ـ على رواية عيسى عن ابن القاسم، وما في كتاب ابن المواز؛ لأنها نظير المسئلة التي توقف فيها مالك رحمه الله تعالى؛ وأما الثالثة وهي أن يسلم إليه ديناراً في خمر أو خنازير فإن أسلما جميعاً أو أسلم المسلم إليه فإنه يرد إليه ديناره، وكذلك إن أسلم المسلم على مذهب ابن القاسم في المدونة، وأما مالك رحمه الله تعالى فتوقف فيها وقال لا أدري أخاف أن أظلم الذمي إن قضيت عليه برد الدينار وعليه خمر أو خنازير، وله في كتاب ابن المواز أن الخمر تؤخذ من النصراني فتهراق على المسلم، ومثله في سماع عيسى من كتاب التجارة إلى أرض الحرب، وأما الرابعة وهي أن يبيع منه خمراً بدنانير أو دراهم، فالثمن ثابت على المبتاع في كل حال أسلما جميعاً أو أحدهما في قول أشهب والمخزومي، وعلى ذلك يأتي قول غير ابن القاسم في كتاب النكاح الثالث من المدونة وقيل إنه يبطل الثمن عنه[٣٤] إذا أسلما جميعاً، أو أسلم البائع، وهو قول ابن أبي حازم وابن دينار؛ وعليه يأتي قول ابن القاسم في كتاب[٣٥] النكاح الثالث من المدونة وأما إن أسلم المبتاع، فعليه أن يؤدي الثمن إلى النصراني ولا أعلم في هذا الوجه نص خلاف؛ إلا أنه يتخرج فيه على المذهب قولان سوى هذا القول، (أحدهما) أن الثمن يبطل عنه، (والثاني) أن عليه قيمة الخمر يوم قبضها وانتفع بها؛ وأما الخامسة وهي أن يقرض النصراني النصراني الخمر أو الخنازير؛ فإن أسلما جميعاً سقط القرض،

---

(٣٤) عنه: ت ح ٢ هـ، عليه: ح ١.

(٣٥) كلمة (كتاب) ساقطة في ح ١ هـ، ثابتة في ت.

وإن أسلم المقترض، فقيل إن القرض يسقط عنه وهو قول مالك رحمه الله في الواضحة، وقيل إن القيمة تلزمه للمقرض وهي رواية عيسى عن ابن القاسم؛ وأما إن أسلم المقرض فقال ابن القاسم في سماع عيسى أحب إليَّ أن تؤخذ الخمر من النصراني فتهراق، والخنازير فتطرح.

فصـــل

فمعاملة الذمي على كل حال أخف من معاملة المربي، لأن المربي، إذا تاب لم يحل له ما أربى فيه ووجب عليه رده إلى صاحبه إن عرفه، والصدقة به عنه إن لم يعرفه، وقد قال أصبغ رحمه الله في مال المربي وعاصر الخمر والغاصب والظالم وتارك الزكاة إنه فاسد كله لا يجوز أن يؤكل منه شيء دون شيء ولا يشرب، وما لا يؤكل ولا يشرب، فلا يجوز أن يباع ولا يشترى. فلا يبايع به ولا يعامل، وإن عامله فيه أحد رأيت أن يخرجه كله ويتصدق به، وقد قيل إن مبايعة من استغرق الحرام ماله جائزة إذا بايعه بالقيمة ولم يحابه، وأما هبته وصدقته ومعروفه فلا يجوز، لأنه كمن استغرق الدين ماله فلا يجوز له فيه معروف إلا بإذن أهل الدين، وأما الميراث فلا يطيب المال الحرام للوارث، هذا هو الصحيح الذي يوجبه النظر، وقد روي عن بعض من تقدم أن الميراث يطيبه للوارث وليس ذلك بصحيح.

فصـــل

ولا يجوز بين المسلم والذمي في التعامل إلا ما يجوز بين المسلمين، فإن تعاملا بما لا يجوز بين المسلمين لم يخل ذلك من ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يبيع منه ما لا يجوز بيعه ويجوز ملكه كتراب الصواغين؛ والعبد الآبق والحمل[٣٦] الشارد، وما أشبه ذلك، (والثاني) أن يبيع منه ما يجوز ملكه وبيعه بيعاً فاسداً، (والثالث) أن يبيع منه ما لا يجوز ملكه كالخمر والخنزير والحر والدم والميتة، وما أشبه ذلك، فأما الوجه الأول والثاني فالحكم فيهما إذا وقعا كالحكم فيما بين

---

(٣٦) والجمل: ح ١ ح ٢، والبعير: ت هـ.

المسلمين؛ وأما الوجه الثالث فالحكم فيه إذا وقع بين المسلم والذمي بخلاف الحكم فيه إذا وقع بين المسلمين في بعض المواضع، وبيان ذلك أن المسلم إذا باع الخمر من المسلم أو النصراني فعثر على ذلك والخمر بيد البائع قد[٣٧] أبرزها ولم يدفعها إلى المشتري بعد. كسرت عليه وانتقض البيع وسقط الثمن عن المشتري إن كان لم يدفعه، وإن كان قد دفعه رد إليه في قول وتصدق به على المساكين أدباً له في قول؛ وإن لم[٣٨] يعثر على ذلك حتى قبضها المبتاع، فقيل إنها تكسر على البائع أيضاً وينتقض البيع ويكون الحكم في الثمن على ما تقدم من الاختلاف؛ وقيل إنها تكسر على المبتاع ويمضي البيع أو يتصدق بالثمن على المساكين قبض أو لم يقبض، إذ لا يحل للبائع ولا يصح تركه للمشتري؛ وأما إن لم يعثر على ذلك حتى استهلك المبتاع الخمر، فههنا يفترق الحكم بين أن يكون المبتاع مسلماً أو نصرانياً، فإن كان مسلماً تصدق بالثمن على المساكين قبض أو لم يقبض قولاً واحداً إذ لا سبيل إلى نقض البيع بإغرام المسلم ثمن الخمر التي استهلكها وكسرها على البائع. وإن كان نصرانياً، فقيل إنه يغرم مثل الخمر وتكسر على البائع فينتقض البيع ويسقط الثمن عنه إن كان لم يدفعه[٣٩] وإن كان قد دفعه ردّ إليه أو تصدق به على المساكين أدباً له على الاختلاف المذكور؛ وقيل إنه يمضي البيع ويتصدق بالثمن على المساكين قبض أو لم يقبض، وأما إذا باع النصراني خمراً من مسلم فعثر على ذلك والخمر قائمة بيد البائع النصراني قد أبرزها للمسلم، فإنها تكسر على البائع وينفسخ البيع ويسقط الثمن عن المبتاع المسلم إن كان لم يدفعه إلى البائع، وإن كان قد دفعه إليه فقيل إنه يرد إلى المبتاع وهو قول ابن حبيب في الواضحة، وقيل إنه لا يرد إليه ويتصدق به عليه أدباً له، وهذا يأتي على ما في المدونة، وإن لم يعثر على ذلك حتى قبضها المبتاع، فقيل إنها تكسر على البائع ويرد الثمن إلى المبتاع. إن كان قد دفعه ويسقط عنه إن كان لم يدفعه، روي ذلك عن مالك بن أبي أويس وغيره، وقيل إنها تكسر على

(٣٧) قد أبرزها: ت ح ١ ح ٢، وقد أبرزها: هـ.
(٣٨) وان لم: ح ١ ح ٢ هـ، ولو لم: ت.
(٣٩) وان: ح ١ ح ٢ هـ، فإن: ت.

المبتاع ويتصدق بالثمن إن لم يقبضه البائع أدباً له وإن قبضه ترك له عند ابن القاسم، وعند سحنون يتصدق به قبضه البائع أو لم يقبضه أدباً له، وقيل إنها تكسر على البائع وينفسخ البيع ويسقط الثمن عن المبتاع إن كان لم ينقده، فإن كان نقده كسرت على المبتاع ومضى الثمن للبائع ولم يؤخذ منه، وهذا قول ابن أبي حبيب في الواضحة؛ وإن لم يعثر على ذلك حتى قبض المسلم الخمر وفاتت في يده أخذ منه الثمن وتصدق به على المساكين إن كان لم يدفعه إلى النصراني أدباً له، وإن كان قد دفعه إليه ترك له ولم يؤخذ منه عند ابن القاسم وابن حبيب، وعند سحنون يتصدق به على كل حال أدباً له وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

كتاب الجعل والإجارة[1]

فصل

في حقيقة لفظ الإجارة، لفظ الإجارة مأخوذ من الأجر وهو الثواب، فمعنى استأجر الرجل الرجل أي استعمله عملاً بأجرة أي بثواب يثيبه على عمله، من قولهم أجرك الله يأجرك أي أثابك يثيبك؛ قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **وَيَا قَوْمِ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْراً إِنْ أَجْرِيَ إِلَّا عَلَى الذِي فَطَرَنِي أَفَلَا تَعْقِلُون** ﴾[2]، أي لا أسألكم عليه ثوابا إن أرجو الثواب في ذلك إلا من الله الذي فطرني. وَقَالَ: ﴿ **لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً** ﴾[3]، وقال[4]: ﴿ **وَأَمَّا الذِيْنَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَات فَنُوَفِّيهُمْ أُجُورَهُمْ** ﴾[5]، وقال: ﴿ **وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْراً عَظِيماً دَرَجَاتٍ مِنْهُ وَمَغْفِرَةً وَرَحْمَة** ﴾[6]، وهذا في القرآن كثير.

فصل

في أصل جواز الإجارة من الكتاب، وأصل جواز الإجارة قول الله عزَّ وجلَّ:

---

(١) كتاب الجعل والإجارة فصل: ت ح ٢ هـ، كتاب الجعل والإجارة بسم الله الرحمان الرحيم وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله: فصل: ح ١.

(٢) الآية: ٥١ ـ سورة هود.

(٣) الآية: ٧٧ ـ سورة الكهف.

(٤) أجراً وقال: ح ١ ح ٢ هـ، أجاراً أي ثواباً وقال: ت.

(٥) الآية: ٥٧ ـ سورة آل عمران.

(٦) الآية: ٩٥ ـ سورة النساء.

﴿ **نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الحَيَاةِ الدُّنْيَا، وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ درجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضَا سُخْرِيًا** ﴾[٧]، يقول تبارك وتعالى ليستسخر هذا هذا في خدمته إياه ويعود هذا على هذا بما في يديه من فضل الله رحمة منه لعباده ونعمة عددها عليهم بأن جعل افتقار بعضهم إلى بعض سبباً لمعاشهم[٨] في الدنيا وحياتهم فيها، حكمة منه لا إلّه إلا هو.

فصل

والاستئجار الذي أذن الله فيه لعباده وجعله قواماً لأحوالهم وسبباً لمعاشهم[٨] وحياتهم ليس على الإطلاق، بل هو مقيد على ما أحكمته السنة والشريعة، فمنه الجائز ومنه المحظور؛ قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَى أَمْرِنا فَهُوَ رَد**»[٩].

فصل

فالجائز منه يكون على وجهين، (أحدهما) بعوض، (والثاني) بغير عوض؛ فأما ما كان منه على غير عوض، فهو هبة من الهبات لا يحل إلا عن طيب نفس من واهبه وأما ما كان على عوض، فإنه ينقسم على وجوه شتى، منها الجعل والإجارة وهما قائمان من كتاب الله عزَّ وجلَّ وسنة نبيه ﷺ، قال الله تبارك وتعالى في الإجارة: ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وائْتَمِروا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ** ﴾[١٠]، وقال تعالى: ﴿ **فَانْطَلَقَا حَتَّى إِذَا أَتَيَا أَهْل قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيْدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ، قَالَ لَوْ شِئْتَ لاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً** ﴾[١١]، أي ثواباً تأكله. وقال تبارك وتعالى حاكياً عن إحدى ابنتي شعيب في قصة موسى وشعيب ـ عليهما السلام ـ ﴿**قَالَتِ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنّ خَيْرَ مَن اسْتَأْجَرْتَ**

---

(٧) الآية: ٣ ـ سورة الزخرف.

(٨، ٨) لمعاشهم: ح ١ ح ٢، لعيشهم: ت هـ.

(٩) حديث متفق عليه.

(١٠) الآية: ٦ ـ سورة الطلاق.

(١١) الآية: ٧٧ ـ سورة الكهف.

القويُّ الأمِيْن ﴾[١٢]، وقوته أنه استوهب الرعاء دلواً فوهبوه إياه فنزعه وحده وكان لا ينزعه إلا عشرة رجال، وقيل أربعون رجلاً فدعـا فيه بالبركة فكفى ماشيتهما فذلك قوله تعالى: **﴿ فَسَقَى لَهُمَا ثُمَّ تَوَلَّى إلَى الظِّلّ فَقَالَ رَبِّ إنّي لِمَا أَنْزَلْتَ إلَيّ مِنْ خَيْرٍ فَقِير ﴾**[١٣]، وقيل إنه رفع عن فم[١٤] البئر صخرة كانت عليه وحده وكان لا يرفعها إلا عشرة رجال، وقيل أربعون رجلاً، وأمانته التي وصفته ﷺ بها هي أنه لما مشت أمامه خشي أن تكشف الريح عنها ثوبها فيرى بعض عورتها وكان يوم ريح، فأمرها أن تمشي خلفه وقال لها دليني على الطريق وصفيه لي، قال: **﴿ إني أُرِيدُ أنْ أُنْكِحَكَ إحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أنْ تَأْجُرَني ثَمَاني حِجَج، فَإنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِندِكَ﴾**[١٥]، أي على أن ترعى لي ماشيتي ثمانية أعوام، **﴿فَإنْ أتممْت عَشْراً فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيْد أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِين ﴾**، وروي عن ابن مسعود أنه قال كان رسول الله ﷺ **إذا أمَرَنا بِالصَّدَقَةِ، انْطَلَقَ أَحَدُنَا إلَى السُّوقِ فَتَحَامَلَ** أي يحمل على ظهره فيصيب المد وإن لأحدهم اليوم لمائة ألف. قال الراوي عنه ما أراه أراد إلا نفسه. واستأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الديل هادياً خريتاً وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث، فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاث[١٦]. وقال ﷺ: «**مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ الْيَهُودِ والنَّصَارَى كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ قَوْمَاً يَعْمَلُونَ لَهُ عَمَلاً يَوْماً إلَى اللَّيْل عَلَى أَجْرٍ مَعْلُومٍ، فَعَمِلُوا لَهُ نِصْفَ النَّهَارِ فَقَالُوا لاَ حَاجَةَ لَنَا بِأَجْرِكَ الذِي شَرَطْتَ لَنَا، وَمَا عَمِلْنَا بَاطِلٌ. فَقَالَ لَهُمْ لاَ تَفْعَلُوا أَكْمِلُوا بَقِيَةَ يَوْمِكُمْ وَخُذُوا أُجْرَكُمْ كَامِلاً فَأَبَوْا وَتَرَكُوا، واسْتَأْجَرَ آخَرِينْ بَعْدَهُمْ فَقَالَ أَكْمِلُوا بَقِيَةَ يَوْمِكُمْ هَذَا وَلَكُمْ الذِي شَرَطْتُ**

---

(١٢) الآية: ٢٦ ـ سورة القصص.
(١٣) الآية: ٢٤ من نفس السورة.
(١٤) عن فم: ح ١ ح ٢، من علام: ت هـ.
(١٥) الآية: ٢٧ ـ سورة القصص.
(١٦) أخرجه البخاري من حديث عائشة.
انظر فتح الباري على صحيح البخاري ٥/٣٥٠.

لَهُمْ مِنَ الأَجْرِ، فَعمِلُوا حَتَّى إذَا كَانَ حِينَ صَلاَةِ الْعَصْرِ قَالُوا مَا عَمِلْنَا لكَ بَاطِلٌ، وَلَكَ الأَجْرُ الذي جَعَلْتَ لَنَا فيه، فَقَالَ أَكْمِلُوا بَقِيَّةَ عَمَلِكُمْ فَإِنْ ما بَقِي مِنَ النَّهَارِ شَيْءٌ يَسِيرٌ فَأَبَوْا وَاسْتَأْجَرَ قَوْماً أن يَعْمَلُوا له بَقِيَةَ يَوْمِهِمْ فعملوا بقية يومهم[١٧] حَتَّى غَابَتِ الشَّمْسُ وَاسْتَكْمَلُوا أَجْرَ الْفَرِيقَيْنِ كِلَيْهِمَا، فَذَلِكَ مَثَلُهُمْ وَمَثَلُ مَا قَبِلُوا مِنْ هَذَا النُّورِ»[١٨].

فصــل

والاجارة تنقسم على ثلاثة أقسام: جائزة ومكروهة ومحظورة، فالجائزة ما يسلم من الجهل والغرر إلا اليسير منهما المغتفر، وكان في المباح من الأعمال.

فصــل

فلا تجوز الإجارة إلا بأجرة مسماة معلومة وأجل معروف، أو ما يقوم مقام الأجل من المسافة فيما يحمل، أو توفية العمل بتمامه فيما يستعمل، وعمل موصوف أو عرف في العمل والخدمة يدخل عليه المتاجرون فيقوم ذلك مقام الصفة، يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾ فَسَمَّى الأُجْرَةَ وَضَرَبَ الأجل ولم يصف الخدمة والعمل، لأن العرف والعادة أغنياهما عن ذلك، وقال رسول الله ﷺ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ». وَقَالَ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُؤَاجِرْه بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ». فأمر ﷺ بتسمية الأجرة وضرب الأجل، وسكت عن وصف العمل إذ قد يستغنى عن ذلك بالعرف والعادة اللذين يقومان مقامه.

فصــل

وهي من العقود اللازمة تلزم المستأجرين بالعقد كالبيع سواء، وتنقسم على قسمين، أحدهما إجارة ثابتة في ذمة الأجير، والثاني إجارة للذمة في عينه، فأما

(١٧) جملة (فعملوا بقية يومهم)، ساقطة في هـ.

(١٨) أخرجه البخاري من حديث أبي موسى الأشعري.
انظر فتح الباري على صحيح البخاري ٥/٣٥٤ ـ ٣٥٥.

الإجارة الثابتة في ذمته، فحكمها حكم السلم الثابت في الذمة في تقديم الإجارة وضرب الأجل ووصف العمل؛ وقال عبد الوهاب يجب فيها[١٩] تعجيل أحد الطرفين من الإجرة أو الشروع في الاستيفاء يريد إذا كان العمل يسيراً ليخرج عن الدين بالدين؛ فأما الإجارة اللازمة في عينه فإنها تنقسم على قسمين، أحدهما أن يستأجره على عمل موصوف لا يرتبط بعين، (والثاني) أن يستأجره على عمل موصوف يرتبط بعين، فأما القسم الأول وهو أن يستأجره على عمل موصوف لا يرتبط بعين، فلا تنفسخ الإجارة فيه إلا بموت الأجير؛ وهو على نوعين، (أحدهما) أن لا يكون له غاية كخدمة البيت ورعاية الغنم بغير أعيانها، وحمل حمل بغير عينه، وما أشبه ذلك؛ (والثاني) أن يكون له غاية معلومة كخياطة ثوب بغير عينه أو طحن قفيز قمح بغير عينه، وما أشبه ذلك؛ فالأول لا بد فيه من ضرب الأجل بالأيام والشهور فيما كان من الخدمة والعمل وتسمية المواضع والبلدان فيما كان من النقل والحملان؛ فإذا ضرب في النقل والحملان مع تسمية المواضع والبلدان أجلاً من الشهور والأيام؛ فسد ولم يجز لأنه غرر؛ ومما نهي عنه من شرطين في البيع على المشهور من المذهب، وقد قيل إن ذلك جائز. وذلك بتأويل ما في الرواحل والدواب من المدونة، وعلى ما وقع في أول سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة من العتبية، (والثاني) لا يجوز فيه ضرب أجل على ما ذكرناه من المشهور في المذهب؛ وأما القسم الثاني وهو أن يستأجره على عمل موصوف يرتبط بعين، فإنه ينقسم على خمسة أنواع، أحدها أن يستأجره على عمل في شيء بعينه لا غاية له إلا بضرب الأجل فيه، وذلك مثل أن يستأجره على أن يرعى له غنماً بأعيانها، أو يتجر له في مال بعينه شهراً أو سنة وما أشبه ذلك؛ فهذا اختلف في حد جواز الإجارة فيه، فقيل إنها لا تجوز إلا بشرط **الخلف**، وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك رحمه الله في المدونة وغيرها؛ وقيل إنها تجوز بغير شرط الخلف والحكم يوجب الخلف، وهو قول سحنون وابن حبيب وقول أشهب في رسم البيع والصرف من سماع أصبغ من كتاب الجعل والإجارة؛ فهذا حكم هذا الوجه إلا في أربع

---

(١٩) كلمة (فيها) في ت ح ٢ هـ ساقطة، ثابتة في ح ١.

مسائل، فإن الإجارة تنفسخ فيها بموت المستأجر له، (إحداها) موت الصبي المستأجر على رضاعه، (والثانية) موت الصبي المستأجر على تعليمه، (والثالثة) موت الدابة المستأجر على رياضتها[٢٠]، (والرابعة) من استأجر رجلاً على أن ينزي له أكداماً معروفة على رمكة[٢١] فتعقف الرمكة قبل تمام الأكدام، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي منها ولا يقال للمستأجر جيء بمثل الرمكة لما بقي من الأكدام.

والنوع الثاني أن يستأجره على عمل في شيء بعينه لا غاية له إلا بتسمية المواضع. وهو الاستئجار على حمل شيء بعينه، فهذا لا اختلاف في جواز الإجارة فيه - وإن لم يشترط الخلف؛ واختلف إن تلف على أربعة أقوال، (أحدها) - وهو المشهور أن الإجارة لا تنتقض وإليه ذهب محمد بن المواز فقال تعيين الحمل إنما هو صفة لما يحمل، ومثله في رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب، وفي رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة، وفي أول رسم من سماع أصبغ منه، (والثاني) أن الإجارة تنتقض بتلفه - وهو قول أصبغ وروايته عن ابن القاسم في رسم الكراء والأقضية من سماعه من كتاب الرواحل والدواب، ويكون له من كرائه بقدر ما سار من الطريق، (والثالث) الفرق بين أن يأتي تلفه من قبل ما عليه استحمل، أو من أمر من السماء؛ فإنْ أتى تلفه من قبل ما عليه استحمل، انفسخ الكراء فيما بقي له من كرائه بقدر ما مضى من الطريق، وإن كان تلفه بأمر من السماء أتاه المستأجر بمثله ولم ينتقض الكراء، وهو قول مالك رحمه الله في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الجعل والإجارة، (والرابع) أنه إن كان تلفه من قبل ما عليه استحمل، انفسخ الكراء ولم يكن له فيما مضى كراء، وإن كان تلفه بأمر من السماء أتاه المستأجر بمثله ولم ينفسخ[٢٢] الكراء وهو مذهب ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك. والنوع الثالث أن يستأجره على عمل شيء بعينه له غاية مجهولة، وذلك مثل أن يستأجره

---

(٢٠) رياضتها: ح ١ ح ٢ هـ، رعايتها: ت.
(٢١) الرمكة: الفرس.
(٢٢) ينفسخ: ح ١ ح ٢، يفسخ: ت هـ.

على أن يبيع له هذا العبد أو هذا الثوب أو هذه الأثواب في هذا البلد أو في بلد آخر بثمن سماه أو بما يراه، فهذا لا بد فيه من ضرب الأجل ولا يحتاج فيه إلى اشتراط الخلف على ظاهر ما في المدونة، والحكم يوجبه إن تلف؛ وقيل إنه لا يجوز على مذهبه إلا بشرط الخلف إن تلف فإن باع العبد أو الثوب قبل تمام الأجل انفسخت الإجارة فيما بقي من الأجل وكان له من إجارته بحساب ما مضى منه، ولا يجوز النقد في ذلك بشرط، هذا قوله في المدونة في هذه المسئلة، والذي يأتي على مذهب سحنون فيها أن الإجارة لا تنفسخ فيما بقي من المدة ويستعمله فيما يشبه ذلك؛ فإن اشترط أن يفسخ الكراء فيما بقي من الشهر لم يجز عنده وإن لم ينقد[23] ولو استأجره على أن يبيع له الدابة أو الثوب بذلك البلد أو ببلد آخر وللقيام ببيعه غاية معلومة على أن له أجرته باع أو لم يبع للحق بالنوع الرابع وجاز، ولا يسمي للسوق والبيع أجلاً لأن قدر ذلك معروف ـ قاله أشهب في آخر أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الجعل والإجارة. والنوع الرابع: أن يستأجره على عمل شيء بعينه له غاية معلومة مثل أن يستأجره على خياطة ثوب بعينه، أو على طحن قمح بعينه، أو على حصاد زرع بعينه، فلا يجوز ضرب الأجل فيه، لأنه مدتان في مدة ويضارع ما نهي عنه من بيعتين في بيعة إلا على ما ذكرنا من الاختلاف في ذلك القائم من كتاب الرواحل والدواب من المدونة، ومن أول سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة، وتجوز الإجارة فيه دون شرط الخلف باتفاق ـ وإن تلف قبل العمل أو بعد. إن مضى بعضه، فالمشهور في المذهب أن الإجارة تنفسخ فيه أو فيما بقي منه. وهو قول مالك في رسم المحرم من سماع ابن القاسم، ويكون له فيما عمل ما يجب له من الأجر، لأنه كلما عمل شيئاً فالمستأجر له قابض ولا ضمان على الآجر فيه، بخلاف الصانع الذي هو ضامن إن تلف الثوب عنده قبل فراغه من عمله وقامت البينة على تلفه، فلا شيء له فيما عمل؛ واختلف قول ابن القاسم إن تلف ببينة بعد تمامه من العمل قبل أن يسلمه إلى ربه، هل يجب له أجرة أم لا على قولين، وقد قيل إن الإجارة لا تنفسخ ويستعمله في مثله. وهو قول

---

(٢٣) ينقد: ح ١ ح ٢، ينقده: ت، يستنقده: هـ.

ابن القاسم في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى من كتاب الجعل والإجارة؛ والنقد في هذه الإجارة جائز، لأن التلف نادر فلا يعتبر به. والنوع الخامس[٢٤] أن يستأجره على دار يبنيها في هذه البقعة أو بئر يحفرها فيها[٢٥] إجارة لازمة في عينه غير ثابتة في ذمته وماله، فهذا إن استحقت البقعة أو عرقت انفسخت الإجارة وإن أكمل البنيان وجبت له أجرته إن انهدم بعد تمامه، لأن المستأجر قابض له بتمامه واختلف إن انهدم قبل تمامه: فقال سحنون لا شيء له إلا بتمام العمل، وقال ابن القاسم له من الأجر بحساب ما عمل إلا أن تكون الإجارة فيما لا يملك من الأرضين[٢٦]، فاختلف في ذلك قوله في المدونة فمرة قال له بحساب ما عمل، ومرة قال لا شيء له إلا بتمام العمل كالجعل وهذا حكم الإجارة الجائزة.

فصل

وأما الإجارة المكروهة فهي ما تتعارض الأدلة في صحة عقده مع[٢٧] السلامة من الجهل والغرر كالإجارة على الصلاة والحج وكإجارة المسلم نفسه من الذمي أو فيما فيه من الجهل والغرر. هل هو من قبيل اليسير المستخف أو من قبيل الكثير الذي لا يستخف؛ وحكمها أن يرد ما لم يفت، فإن فاتت مضت بالإجارة الأجرة المسماة. ومنها ما يفوت بالعقد ومنها ما لا يفوت إلا باستيفاء العمل على قدر قوة الكراهية فيها؛ ومن الإجارات ما يختلف فيها في المذهب هل هي مكروهة أو فاسدة محظورة كالمسئلة الواقعة في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة؛ ونصها قال وسئل مالك رحمه الله تعالى عن رجل شارط رجلاً على عين يحفرها على خمسة آلاف ذراع وما وجد في الأرض من صفا فعلى صاحب العين أن يشقه فعمل فيها فوجد في الأرض نحو مائة ذراع فشقها

(٢٤) والنوع الخامس: ت ح ٢ هـ، فصل والنوع الخامس ـ بزيادة (فصل): ح ١.
(٢٥) ثبت في سائر النسخ الخطية التي بين أيدينا (فيها إجارة)، والذي في النسخة المطبوعة (فيها فهذه إجارة)، ولعلها أنسب.
(٢٦) فاختلف: ح ١ ح ٢ هـ، واختلف: ت.
(٢٧) مع: ح ١ ح ٢ هـ، من: ت.

الرجل، فلما فرغ قال له الرجل اعمل لي بدلها وموضعها الذي يعمل هو أكثر عملاً من الموضع الذي وجد فيها الصفا؛ فقال لقد دخلت في أمر لا خير فيه، فأرى عليك قدر ذلك الموضع الذي شقه ذلك الرجل تغرمه، وليس عليك أن تعمل له بدله ـ يريد أن ينظر إلى قدركم ذلك من الأرض من قدر العمل فيرد منه بقدر ذلك مما أخذ؛ قال ابن القاسم لست آخذ فيه بقول مالك، وأرى أن يعطى أجرة مثله، قال سحنون وهو رأيي وقوله فيها أفضل وأجود، هذا نص هذه المسألة وفيها التباس قد أشكل على كثير من الناس معناها فتأولها على غير معناها، منهم ابن لبابة فإنه وهم في تأويلها فجعلها جعلاً وقال إن مالكاً تكلم على أن العامل هو الذي شق الصفا وقد كان شقها واجباً على رب الأرض بالشرط، وأن ابن القاسم وسحنون تأولا على مالك أنه إنما أجاب في المسألة على أن رب الأرض هو الذي شق الصفا وقد كان شقها على العامل، وقد بين في المسألة أن المعاملة إنما وقعت بينهما على أن يشق رب الأرض ما وجد فيها من الصفا، وأن العامل هو الذي شق الصفا، بدليل قوله فلما فرغ قال له اعمل لي بدلها، وقد سألني بعض أصحابنا عن معنى قول مالك رحمه الله تعالى فيها وتبيين ما فسره ابن القاسم من إرادته، ووجه مخالفته إياه ومتابعته سحنون له على خلافه؛ فقلت الذي أقول به في ذلك ـ والله الموفق للصواب برحمته أن هذه المسألة محتملة لوجوه من التأويل إذ لم يبين كيف انعقد الاستئجار بينهما على حفر الخمسة الآلاف الذراع إن كان على شرط أن يشق صاحب العين ما وجد فيها من صفا ويسقط عنه من الإجارة التي سمياها[٢٨] بقدر ما ينوب ذلك منها، أو على أن يشق ما وجد فيها من صفا دون أن يحط عنه لذلك من الإجارة شيئاً، فالغرر في الإجارة على هذا بين والأظهر فيها الفساد، وقول ابن القاسم وسحنون إن للعامل أجرة مثله في جميع عمله، هو القياس، ووجه قول مالك رحمه الله تعالى على هذا التأويل وعلى ما ذيله ابن القاسم من التفسير له بقوله يريد أن ينظر إلى قدركم ذلك من الأرض من قدر العمل فيرد منه بقدر ذلك؛ مما أخذه هو أن مالكاً رحمه الله تعالى رأى العقد على هذا الشرط من

---

(٢٨) سمياها: ح ١ ح ٢ هـ، سماها: ت.

العقود التي يكرهها ابتداءاً فإذا وقعت صح العقد وبطل الشرط؛ وذلك أن العقود المقترنة بها الشروط، تنقسم على ثلاثة أقسام منها ما يبطل العقد والشرط. وهو ما كان الشرط المشترط فاسداً له تأثير في الثمن، كالذي يبيع الدابة على أن يسافر عليها سفراً بعيداً وما أشبه ذلك، ومنها ما يصح البيع والشرط وهو ما كان الشرط المشترط حلال لا يئول به البيع إلى غرر ولا فساد في ثمن ولا مثمون، كالذي يبيع الدابة على أن يركبها اليوم واليومين وما أشبه ذلك. ومنها ما يصح البيع ويبطل الشرط وهو ما كان الشرط فاسداً إلا أنه خفيف لا يرى أنه نقص من الثمن ولا زاد فيه من أجله شيئاً، وذلك مثل أن يبيع السلعة على أنه إن لم يأته بالثمن إلى يومين أو ثلاثة فلا بيع بينهما، ومثل أن يبيع الثمرة على أن لا قيام له عليه بجائحة إن أجيحت وما أشبه ذلك، فرأى عقد الإجارة في مسألتنا على هذا الشرط من هذا القبيل من الشروط إذ غلب[29] على ظنه أن العامل إنما شرط على رب العين شق ما وجده من صفا فيها والأغلب عندهما أنه لا صفا فيها لندور الصفا في ذلك الموضع على ما قد علم بالاختيار، فلم يحط من الإجارة لذلك الشرط شيئاً ولا كان له تأثير فيها فأمضاها إذا وقعت وأسقط الشرط مع كراهيته لها ابتداء، كما أمضى البيع بشرط إسقاط الجائحة إذا وقع وأبطل الشرط إذ لم ير له تأثيراً في الثمن؛ لأن الأغلب السلامة من الجوائح وأراد العامل لما شق ما وجد في الأرض من صفا وقد كان اشترط ذلك على رب العين أن يحفر له رب العين بدلها ويستحق هو إجارته كلها على ما اشترطا؛ فلم ير ذلك مالك رحمه الله وذهب إلى أن الشرط ينفسخ والعقد على ذلك مكروه ابتداء على ما بيناه فقال لهما قد دخلتما في أمر لا خير فيه، فأرى عليك - يريد على صاحب العين قدر ذلك الموضع يريد قيمة حفر ذلك الموضع الذي شقه الرجل يريد العامل ولم يكن ذلك عليه، لاشتراطه إياه على صاحب العين؛ ومعنى ذلك على أصولهم - إن كان رب العين ممن[30] يستأجر على شق ذلك ولا يتولاه بنفسه وعبيده؛ وسكت مالك رحمه الله عن تمام الحكم في

---

(٢٩) إذ غلب: ح ١ ح ٢، إذ قد غلب: هـ، إذا غلب: ت.

(٣٠) ممن: ح ١ ح ٢، مما: ت هـ.

المسئلة، وفسره ابن القاسم على ما فهم من مذهبه في إجازة العقد إذا وقع وإبطال الشرط على ما بينا، فقال يريد أن ينظر إلى قدر كم ذلك من الأرض من قدر العمل فيرد منه بقدر ذلك مما أخذ، ومعنى ذلك أن ينظر ما تقع الصفا التي شقها العامل من جملة الخمسة الآلاف الذراع فيرد من الأجرة التي قبض ذلك الجزء لإبطال الشرط مع إمضاء العقد، إذ لا فرق بين أن يشق صاحب العين الصفا أو يشقها العامل فيأخذ حقه في شقها وإن كان ما وجب للعامل في شقه الصفا من جنس الأجرة التي قبض قاصه بذلك فيما يجب عليه رده منها فمن كان له منهما في ذلك فضل، رجع به على صاحبه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

فصــل

ولولا تأويل ابن القاسم على مالك رحمه الله لكان الأظهر من قوله قد دخلتما في أمر لا خير فيه، أن العقد فاسد ويكون للعامل أجرة مثله في شقه الصفا وفي سائر عمله، ويرد جميع الأجرة إن كان قبضها أو تسقط إن كان لم يقبضها؛ لأنه إنما تكلم على ما يجب للعامل في شق الصفا وسكت عن تمام الحكم في المسئلة؛ إلا أن ابن القاسم أحق بتبيين إرادة مالك في المسئلة، لمشافهته إياه فيها.

فصــل

وإن كانت الإجارة[٣١] انعقدت بينهما على أن يشق رب العين ما وجد فيها من صفا، ويسقط عنه من الأجرة التي سمياها ما ينوبها منها، فيتخرج جوازها بغير اشتراط النقد على قولين، الأشهر منهما في المذهب الإجازة، لأن السوم معلوم وجملة الثمن مجهول. لا يعلم حال العقد كبيع الصبرة جزافاً على الكيل الذي أجازه مالك رحمه الله وأصحابه، ومنع منه عبد العزيز بن أبي سلمة، وكاستئجار الأجير على أن يأتيه بمتاع من بلد على أنه إن وجده في الطريق رجع وكان له بحسابه الذي أجازه مالك وابن القاسم رحمهما الله تعالى؛ ومنع منه سحنون، ومن

---

(٣١) كانت الإجارة: ت ح ٢ هـ، كانت هذه الإجارة ـ بزيادة (هذه): ح ٢.

ذلك أيضاً اختلافهم في استئجار الأجير شهراً على أن يبيع له ثوباً بعينه أو يرعى له غنماً بأعيانها دون أن يشترط الخلف وما أشبه ذلك؛ فمعنى ما ذهب إليه مالك رحمه الله فيها على هذا التأويل، أنه كرهها ابتداء مراعاة للخلاف؛ ويحتمل أن يكون كرهها من أجل النقد ـ وإن لم يكن مشترطاً، إذ لا يصح النقد فيها بشرط إجماعاً، وأجازها إذا وقعت على أصل مذهبه وحكم للعامل بأجر[٣٢] مثله في شق الصفا وأوجب عليه أن يرد من الأجرة ما يقع للصفا من جملة الخمسة الآلاف الذراع، ورأى ابن القاسم وسحنون أنها إجارة فاسدة للعلة التي ذكرها وهي الجهل بجملة الثمن حال العقد، فأوجبا للعامل أجرة مثله في جميع عمله، فأما سحنون فجرى في ذلك على أصله في الذي يستأجر الكرى على أن يأتيه بمتاعه من بلد كذا، فإن وجده في الطريق رجع وكان له بحسابه، وأما ابن القاسم فخالف أصله وذلك اختلاف من قوله؛ وكلا التأويلين سائغان، والتأويل الأول أظهر والله أعلم؛ وقد تأول بعض الناس أن مالكاً تكلم على أن رب العين هو الذي شق الصفا، وأن ابن القاسم وسحنون تكلما على أن العامل هو الذي شقها وهو بعيد من التأويل لا معنى له، إذ لا تأثير لشق العامل إياها في فساد العقد؛ وتأول[٣٣] أيضاً بعض من سألني عن معنى هذه المسألة فنهجت له القول فيها بما ذكرته أن مالكاً تكلم على الوجه الآخر من الوجهين اللذين ذكرنا، وأن ابن القاسم وسحنون تكلما على الوجه الأول وذلك محتمل أيضاً؛ ومنهم من ذهب إلى أنهم تكلموا جميعاً على الوجه الأول. وأن إرادة مالك أن الإجارة فاسدة بدليل قوله قد دخلتما في أمر لا خير فيه، وأن تفسير ابن القاسم ليس بصحيح، والصواب أن تفسيره لمذهبه صحيح، فهو أقعد بمعنى ما ذهب إليه[٣٤] والله أعلم.

فصل

وأما الإجارة المحظورة فتنقسم على ثلاثة أقسام، (أحدها) الإستئجار على

---

(٣٢) أجر: ت ح ٢، أجرة: ح ١ هـ.

(٣٣) وتأول أيضاً بعض: ت ح ٢ هـ، وقد تأول بعض: ح ١.

(٣٤) ذهب إليه والله أعلم: ح ١ ح ٢ هـ، ذهب إليه مالك ـ والله أعلم ـ بزيادة (مالك): ت.

ما يجب على الأجير فعله، (والثاني) الإستئجار على ما لا يحل له فعله، (والثالث) الإستئجار على المباح من الأعمال بما لا يجوز من الغرر أو الحرام أو على وجه لا يجوز مما يدخله غرر أو جهل؛ فأما الاستئجار على ما لا يجوز الاستئجار عليه لوجوب فعله على الأجير، فينفسخ إن عثر عليه قبل العمل فإن فات بالعمل[٣٥] لم يكن للأجير شيء من الأجرة، وردت كلها إلى المستأجر ـ إن كان قد دفعها؛ وأما الاستئجار على ما لا يجوز الاستئجار عليه لتحريم فعله عليه، فالحكم فيه إذا وقع أن يفسخ أيضاً متى ما عثر عليه؛ فإن فات بالعمل لم يكن للأجير من الأجرة شيء وتصدق بها عليه على التفصيل الذي ذكرناه في كتاب التجارة إلى أرض الحرب في بيع المسلم الخمر من النصراني أو المسلم، وأما الاستئجار على المباح من الأعمال بما لا يجوز أو على وجه لا يجوز، فالحكم فيه إذا وقع أن يفسخ ما لم يفت؛ فإن فات بالعمل كانت فيه القيمة والله ولي التوفيق برحمته.

فصل

في ماهية الجعل وأصل جوازه، وأما الجعل فهو أن يجعل الرجل للرجل جعلاً على عمل يعمله له إن أكمل العمل[٣٦]، وإن لم يكمله لم يكن له شيء، وذهب عناؤه باطلاً؛ فهذا أجازه مالك وأصحابه رضوان الله عليهم أجمعين مما لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمام العمل، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى في أحد قوليه، وهو في القياس غرر إلا أن الشرع قد جوزه؛ والأصل في جوازه قول الله تعالى: ﴿ولمن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيم ﴾[٣٧]، وقول رسول الله ﷺ يوم حنين «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُه»[٣٨]، وقوله يوم بدر من فعل كذا فله كذا، ومن فعل كذا وكذا فله كذا وكذا وإن كان مالك رحمه الله قد كره ذلك، فإنما كرهه لئلا

(٣٥) بالعمل: ح ١ ح ٢ هـ، العمل: ت.
(٣٦) العمل: وإن لم: ح ١ ح ٢ هـ، العمل فله أجره وان لم ـ بزيادة (فله أجره): ت.
(٣٧) الآية: ٧٢ ـ سورة يوسف.
(٣٨) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي من حديث أبي قتادة.
انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ١٩٣/٦.

تفسد نيات الناس في الجهاد، لا أنه[٣٩] عنده حرام؛ ومن الحجة في ذلك أيضاً ما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أنه قال انطلق نفر من أصحاب رسول الله ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من العرب، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم فلدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه[٤٠] شيء، فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذي نزلوا عندنا لعله[٤١] أن يكون عند بعضهم شيء فأتوهم فقالوا لهم يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ وقد سعينا له بكل شيء لا ينفعه شيء، فهل عند أحدكم من شيء؟ فقال بعضهم نعم والله إني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براق حتى تجعلوا لنا جعلاً، فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يتفل عليه ويقرأ ﴿ **الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ** ﴾، فكأنما نشط من عقال، فانطلق يمشي وما به قلبة. قال فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم اقسموا، فقال الذي رقى لا تفعلوا حتى نأتي النبي - ﷺ - فنذكر له الذي كان فننظر ما يأمرنا به، فقدموا على رسول الله - ﷺ - فذكروا ذلك له، فقال: «**وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ**»؟ ثم قال: «**قَدْ أَصَبْتُمْ اقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ**»[٤٢]، فضحك النبي ﷺ. وأيضاً فإن الجعل مما كان موجوداً في معاملات الناس جاهلية وإسلامـاً، فأقر النبي ﷺ - فعله - ولم يتعرض لإبطاله مع علمه بذلك، ولا فرق بين ما يبتدىء إجازته شرعاً وبين ما يقر على إجازته؛ وأيضاً فإن الضرورة تدعو إلى ذلك أشد مما تدعو إلى القراض والمساقاة، والضرورة مستثناة من الأصول وقد مضى عمل المسلمين على ذلك في سائر الأمصار على قديم الأوقات والأعصار.

فصـــل

والجعل أصل في نفسه كالقراض والمساقاة، لا يقاس على الإجارة، ولا تقاس الإجارة عليه وإن أخذ شبهاً منها.

---

(٣٩) لا لأنه: ت ح ٢ هـ، لا أنه: ح ١.

(٤٠) لا: ح ١ ح ٢ هـ، فلم: ت.

(٤١) لعله: ح ١ ح ٢، فلعله: ت.

(٤٢) حديث متفق عليه.

فصــل

ومن شروط صحة المجاعلة أن يكون الجعل معلوماً وأن لا ينقد، وأن يكون لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمامه، وأن لا يضرب للعمل المجعول فيه أجلاً، فإن ضرب له أجلاً ولم يشترط أن يتركه متى شاء لم يجز، واختلف إن اشترط ذلك، هذا قوله في المدونة فيمن قال بع لي هذا الثوب اليوم ـ ولك درهم ـ أن ذلك لا يجوز إلا أن يشترط متى شاء أن يتركه تركه، وقد اختلف في تأويل قول سحنون في آخر المسئلة وقد قال في مثل هذا أنه جائز وهو جل قوله الذي يعتمد عليه فاختصره ابن أبي زيد على أنه أجاز أن يوقت في الجعل يوماً أو يومين دون شرط، وقال أبو عمر بن القطان يريد سحنون أنه قال مثل قوله في الباب في مثل مسئلة الباب، وهو أن يجيز الجعل ويضرب له يوماً أو يومين ويشترط عليه أنه متى شاء أن يرد رد، قال سحنون له مثل هذا القول وهذا القول جلّ قوله الذي يعتمد عليه. يريد قول الكتاب وما يشبهها وقوله جلّ قوله يقتضي الخلاف، والخلاف موجود له في رواية عيسى عنه؛ قلت أرأيت إن قال جد نخلي اليوم فما جددت فبيني وبينك ومتى ما شئت أن تخرج خرجت ولك نصف ما عملت؛ قال لا خير فيه وتأول ابن لبابة على سحنون أنه أراد أن ابن القاسم إنما اختلف قوله على أنها إجارة، فمرة رآها إجارة جائزة، ومرة رآها إجارة فاسدة، وذلك كله مدخول؛ وأما قول ابن أبي زيد، فهو خطأ صراح؛ لأن الجعل إذا سمي فيه أجلا ولم يشترط أن يترك العمل متى شاء لم يجز باتفاق، فكيف يصح أن يقال إنه جل قوله الذي يعتمد عليه؛ وأما تأويل ابن القطان، فهو بعيد على ظاهر لفظ الكتاب، إلا أن معناه صحيح تصح به المسئلة؛ وأما تأويل ابن لبابة فهو بعيد على ظاهر اللفظ غير صحيح المعنى، لأنها إذا كانت إجارة، فهي جائزة ـ ولا وجه لفسادها، وإنما معنى المسئلة عندي أن قول ابن القاسم اختلف إذا قال الرجل للرجل بع لي هذا الثوب اليوم ولك درهم ـ فقال في الباب أنه جعل، ولا يجوز إلا أن يشترط متى شاء أن يترك ترك؛ وله قول آخر أن ذلك جائز وهي إجارة لازمة لا جعل؛ فإن باع في بعض اليوم، كان له من الأجرة[٤٣]

(٤٣) الأجرة: ت هـ، الإجارة: ح ١ ح ٢.

بحساب ذلك، فقال سحنون إن هذا القول هو الذي يعتمد عليه من قول ابن القاسم، وهذا القول لابن القاسم قائم من أول الكتاب؛ قال في الذي يبيع من الرجل نصف الثوب على أن يبيع له النصف الآخر، إن ذلك جائز إذا ضرب لذلك أجلاً؛ لأنه إذا ضرب لذلك أجلاً كانت إجارة واختار سحنون هذا القول لأنه إذا قال بع لي هذا الثوب اليوم ولك درهم احتمل أن يريد على وجه الجعل فيكون جعلاً فاسداً، واحتمل أن يريد على وجه الإجارة فيكون جائزاً. وإذا كان اللفظ محتملاً للجواز والفساد متردداً بينهما، فهو على مذهبه في مسائل كثيرة محمول على الجواز حتى يتبين الفساد؛ من ذلك من اكترى راعياً على رعاية غنم بأعيانها، فالإجارة عنده جائزة ـ وإن لم يشرط الخلف خلاف مذهب ابن القاسم في هذه المسئلة مثل قوله في المسئلة التي حكيناها في أول الكتاب؛ ومثل قوله فيمن قال بع لي هذا الثوب ولك درهم ـ أن ذلك جائز فحمله على الجعل فأجازه مع احتمال أن يريد بذلك الإجارة، فتكون فاسدة إذا لم يضرب لها أجلاً؛ فلما كان هذا القول جارياً على مذهب سحنون، اختاره واستحسنه، فقال فيه إنه جلّ قوله الذي يعتمد عليه، ولو بين فقال أستأجرك على أن تبيع لي هذا الثوب اليوم ولك درهم جاز باتفاق، ولو بين أيضاً فقال أجاعلك على أن تبيع لي هذا الثوب اليوم. ولك درهم. لم يجز باتفاق، إلا أن يشترط متى ما شاء أن يترك ترك، وإذا لم يقع بيان فهي مسئلة الكتاب التي اختلف فيها قول ابن القاسم؛ فالمسئلة تنقسم على هذه الثلاثة الأقسام، فهذا أولى ما تحمل عليه هذه المسئلة، ولم أره لغيري ـ وهو صحيح بين لا ينبغي أن يلتفت إلى ما سواه، ومسئلة نفض الزيتون من هذا الأصل فتدبر ذلك؛ وكذلك الخلاف الحاصل بين ابن القاسم وأشهب فيمن باع من رجل داراً على أن ينفق عليه حياته، جاز على هذا الأصل ومثل هذا كثير.

فصل

وقد اختلف هل من شروط صحته أن يكون للجاعل فيه منفعة أم لا على قولين.

فصــل

وليس من شروطه أن يكون العمل المجعول فيه معلوماً بل يجوز في المعلوم والمجهول.

فصــل

ولا يلزم المجعول له العمل وله[44] أن يترك شرع فيه أو لم يشرع، ولا شيء له إلا بتمام العمل؛ واختلف في الجاعل فقيل إن الجعل يلزمه بالعقد وإلى هذا ذهب ابن حبيب في أحد قوليه وهو ظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في الجعل والإجارة وقيل لا يلزمه حتى يشرع المجعول له في العمل وهي رواية علي بن زياد عن مالك ورواية أشهب عنه أيضاً في تضمين الصناع من العتبية ومذهب سحنون وهو أظهر القولين؛ لأنه لما كان المجعول له لا يلزمه وجب أن لا يلزم الجاعل إلا أن يشرع المجعول له في العمل، لئلا يبطل عليه عمله، ووجه القول الأول هو أن الجاعل لما كان ما أخرج معلوماً ولم يجز أن يكن مجهولاً لزمه، ولما كان العمل الذي يخرجه العامل في الجعل يجوز أن يكون مجهولاً جاز له أن يرجع عنه متى شاء ولم يلزمه، ألا ترى أن الإجارة لما كانت معلومة في معلوم لزمتهما جميعاً، ولم يكن لواحد منهما الرجوع.

فصــل

فعلى هذا إذا مات الجاعل قبل أن يشرع المجعول له في العمل على قول ابن حبيب وظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم أو بعد شروعه في العمل على رواية علي بـن زياد وأشهب عن مالك رحمه الله تعالى يلزم ذلك ورثته ولا يكون لهم أن يمنعوا المجعول له من العمل؛ فإن مات المجعول له بعد أن شرع في العمل أو قبل أن يشرع فيه على أحد القولين، نزل ورثته منزلته؛ ولم يكن للجاعل أن يمنعهم من العمل؛ وقد روى أصبغ عن ابن القاسم خلاف هذا في المجاعلة في

---

(٤٤) وله: ح ١ ج ٢ هـ، ولا: ت.

اقتضاء الديون، فجعل موت المجعول له كموت المقارض ـ إن كان قد شرع في العمل نزل ورثته منزلته إن كانوا أمناء، وإن كان لم يشرع في العمل ولا اقتضى منه شيئاً، فلا حق لورثته وقال إن الجعل ينتقض بموت الجاعل ـ مات قبل شروع المجعول له في العمل أو بعده، فلم يحمله في هذا الطرف(٤٥) محمل القراض، ولا محمل الجعل في حق الجاعل له للزوم المجاعل له بالعقد أو شروع المجعول له في العمل ـ على ما قدمناه من الاختلاف في ذلك؛ وأما اشتراطه في موت المجعول له للأمانة في الورثة فصحيح لا ينبغي أن يختلف في ذلك، لأن هذا مما ينبغي فيه الأمانة.

فصــل

وليس من شروط صحة الجعل أن يكون في القليل وإن كان قد قال ذلك عبد الوهاب وغيره، فليس بصحيح، وإنما الصحيح أنه جائز في كل ما لا يصح للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه كما قدمناه كان قليلاً أو كثيراً؛ وغير جائز فيما يكون للجاعل فيه منفعة قبل تمامه كان قليلاً أو كثيراً؛ ولذلك قال ابن المواز إن الجعل على حفر الآبار لا يجوز إلا فيما لا يملك من الأرضين، لأن ما يملك من الأرضين إن ترك المجعول له العمل بعد أن حفر بعض البئر، انتفع الجاعل بما حفر منها بوجوه كثيرة من وجوه المنافع، وما لا يملك من الأرضين منفعة للجاعل فيما حفر المجعول له منها إن لم يتم حفرها. فإذا لم يكن للجاعل في العمل المجعول فيه منفعة إلا بتمامه، جاز الجعل قياساً على قول الله تعالى: ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾، لأنه إذا لم يأت المجعول له في الطلب بالمطلوب لم ينتفع الجاعل بغايته في الطلب، وهذا بين.

فصــل

وقوله إنما(٤٦) جوز مالك الجعل في الشيء اليسير مثل الثوب والثوبين، وقوله أن الكثير من السلع تصلح فيه الإجارة ولا يصلح فيه الجعل، والقليل يصلح

---

(٤٥) الطرف: ح ١ ح ٢ هـ، الضرب: ت.
(٤٦) إنما: ت ح ٢ هـ، وإنما: ح ١.

فيه الجعل والإجارة؛ إنما يريد بذلك كله في البيع خاصة، لأن الكثير من السلع إذا جاعله على بيعها ودفعها إليه إن بدا له في بيعها وصرفها إليه كان الجاعل قد انتفع بحفظه لها مدة كونها بيده، ولو لم يدفعها إليه، لجاز الجعل إذا جعل له في كل ثوب يبيعه منها جعلاً مسمى، ولزم الجاعل الجعل في بيع جميعها؛ ألا ترى أن الجعل في الشراء على الثياب الكثيرة جائز؛ إذ لا يتولى حفظها، وكلما ابتاع ثوباً أسلمه إلى الجاعل ووجب له فيه جعله؛ ولو شرط الجاعل في الشراء على المجعول له أن يمسك الثياب وتكون في أمانته وقبضه حتى يتم شراء العدد الذي جاعله عليه، لم يجز للعلة التي قدمنا وهذا كله بين[٤٧].

فصــل

والأعمال تنقسم على ثلاثة، منها ما يصح فيه الجعل والإجارة، ومنها ما لا يصح فيه الجعل ولا الإجارة، ومنها ما لا يصح فيه الجعل وتصح فيه الإجارة، فأما ما يصح فيه الجعل والإجارة فكثير، من ذلك بيع الثوب والثوبين وشراء الثياب القليلة والكثيرة، وحفر الآبار واقتضاء الديون، والمخاصمة في الحقوق على أحد قولي مالك وقد روي عنه أن الجعل في الخصومة لا يجوز. وأما ما لا يصح فيه الجعل ولا الإجارة فنوعان، أحدهما ما لا يجوز للمجعول له فعله، (والثاني) ما يلزمه، وأما ما تصح فيه الإجارة ولا يصح فيه الجعل فكثير أيضاً، من ذلك خياطة الثوب وخدمة الشهر[٤٨] وبيع السلع الكثيرة، والسلعة الواحدة التي تباع من جاعل ويعلم أن الثمن فيها موجود أو على أن تباع ببلد آخر، وما أشبه ذلك مما يبقى للجاعل فيها منفعة إن لم يتم المجعول له العمل.

فصــل

واختلف في الجعل الفاسد إذا وقع، فقيل إنه يرد إلى حكم نفسه[٤٩] فيكون

(٤٧) كله بين: ح ١ ح ٢ هـ، بين كله: ت.
(٤٨) الشهر: ح ١ ح ٢ هـ، النهر: ت.
(٤٩) نفسه: ح ٢ هـ، جنسه: ح ١، والعبارة ساقطة في ت.

للمجعول له جعل مثله إن كان أتم العمل، وإن لم يتمه فلا شيء له؛ وقيل إنه يرد إلى حكم غيره وهي الإجارة؛ فيكون له إجارة مثله ـ أتم العمل أو لم يتمه؛ وقيل إنه يرد إلى تجارة مثله في بعض المسائل وإلى جعل مثله في بعضها كالقراض الفاسد؛ قيل إنه يرد إلى حكم نفسه وهو قراض المثل؛ وقيل ـ إنه يرد إلى حكم غيره وهي الإجارة، فيكون له إجارة مثله، وقيل إنه يرد القراض الفاسد إلى قراض مثله في بعض المسائل، وإلى إجارة المثل في بعضها وهو مذهب ابن القاسم؛ وقد يأتي في الجعل الفاسد أقوال خارجة عما أصلناه وهذا هو الصحيح فيها.

فصـــل

ولا يجتمع الجعل والإجارة، لأن الإجارة لا تنعقد إلا معلوماً في معلوم؛ والجعل يجوز فيه المجهول! فهما أصلان مفترقان لافتراق أحكامهما، متى جمع بينهما فسدا جميعاً وقد روي عن سحنون أنه أجاز المغارسة والبيع وهو من هذا المعنى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

كتاب الرواحل والدواب[1]

قال الله عز وجل: ﴿ وَالأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْها تَأْكُلُونَ وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إلَّا بِشِقِّ الأَنْفُسِ إِنَّ ربَّكُمْ لَرَؤُوفٌ رَحِيمٌ ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿ وَالْخَيْلَ وَالبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾[3]، وقال: ﴿ وَالذِي خَلَقَ الأَزْوَاجَ كُلَّهَا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنَ الْفُلْكِ وَالأَنْعَامِ مَا تَرْكَبُونَ لِتَسْتَوُوا عَلَى ظُهُورِهِ ثُمَّ تَذْكُرُوا نِعْمَةَ رَبِّكُمْ إذَا اسْتَوَيْتُمْ عَلَيْهَا وَتَقُولُوا سُبْحَانَ الذِي سَخَّرَ لَنَا هَذَا وَمَا كُنَّا لَهُ مُقْرِنِينَ وَإِنَّا إِلَى رَبِّنَا لَمُنْقَلِبُونَ ﴾[4]، وقال تعالى: ﴿ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الأَنْعَامَ لِتَرْكَبُوا مِنْها وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ وَلَكُمْ فِيهَا مَنَافِعُ وَلِتَبْلُغُوا عَلَيْهَا حَاجَةً فِي صُدُورِكُمْ وَعَلَيْهَا وَعَلَى الْفُلْكِ تُحْمَلُونَ ﴾[5]، وقال تعالى: ﴿ وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالاً وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ ﴾[6]، وقال: ﴿ هُوَ الذِي يُسَيِّرُكُمْ

---

(١) كتاب الرواحل والدواب: ت ح ٢، كتاب كراء الرواحل والدواب: هـ ـ ومن هنا إلى كتاب الصلح ـ ساقط في ح ١.

(٢) الآية: ٥ ـ سورة النحل.

(٣) الآية: ٨ ـ من نفس السورة.

(٤) الآية: ١٢ ـ سورة الزخرف.

(٥) الآية: ٧٩ ـ سورة غافر.

(٦) الآية: ٢٧ ـ سورة الحج.

فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا بِهَا ﴾[7]، وقال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ﴾[8].

فصــل

فملكنا الله تعالى الأنعام والدواب وذللها لنا وأباح لنا تسخيرها والانتفاع بها رحمةً منه تعالى بنا وما ملكه الإنسان وجاز له تسخيره من الحيوان، فكراؤه له جائز بإجماع أهل العلم لا اختلاف بينهم في ذلك.

فصــل

والكراء من العقود اللازمة يلزم المتكاريين الكراء بالعقد ولا يكون لأحدهما خيار في حله، إلا أن يشترط أحدهما الخيار لنفسه كالبيع سواء، لأنه ثمن ومثمون، فلا يجوز فيه الغرر والمجهول، ولا يصح إلا معلوماً في معلوم، ولا بد فيه من تسمية الكراء وضرب الأجل إن اكترى الدابة مدة ما أو تسمية المسافة، إن اكراها إلى موضع ما، ولا بد من تسمية ما يحمل على الدابة أو ما يسخرها فيه، إلا أن يدخلا على عرف قد علماه فيقوم العرف في ذلك مقام التسمية.

فصــل

فإن اكـرى الدابة وضرب لكرائها أجلاً وسمى موضعاً أو عين عملاً، كان ذلك من باب مدتين في مدة فضارع ما نهى عنه ﷺ من بيعتين في بيعة، ومن شرطين في بيع، وجرى على قولين، أحدهما أن الكراء فاسد يفسخ، فإن مات كان للمكري كراء مثله على سرعة السير وإبطائه. والثاني أن الكراء جائز لا يفسخ ويكون للمكري الكراء المسمـى إن بلغ الموضع الذي سمياه في الأجل الذي وقتاه، وكراء مثله إن لم يبلغ إليه في الأجل، وهذا إذا كان الأجل واسعاً يعلم أنه يدرك الوصول إلى الموضع الذي سمياه فيه، إلا أن يقصر أو يفرط، وأما إن كان

---

(٧) الآية: ٢٢ ـ سورة يونس.

(٨) الآية: ٧٠ ـ سورة الإسراء.

الأجل ضيقاً يمكن أن يصل فيه إلى ذلك الموضع، وألا يصل، فلا يجوز الكراء باتفاق، وكذلك إذا قال له: إن بلغت إليه إلى أجل كذا وكذا، فلك كذا وكذا، وإن لم تصل إليه إلا إلى أجل كذا وكذا فلك كذا وكذا، لا يجوز باتفاق، ويفسخ؛ فإن فات بالمسير، كان له كراء مثله بالغاً ما بلغ على سرعة السير وإبطائه عند ابن القاسم، وعلى قول غيره في كتاب الجعل والإجارة لا ينقص من الأقل ولا يزاد على الأكثر، وللشيوخ في قول غيره المذكور ثلاثة وجوه من التأويل، (أحدها) أنه لا ينقص من الأقل ولا يزاد على الأكثر، سواء بلغ في الأجل أو لم يبلغ. (والثاني) أنه إن بلغ في الأجل وكان كراء مثله أقل من أقل الكراءين، لم ينقص من أقل الكراءين، وإن كان له كراء مثله أكثر من أكثر الكراءين، كان له ذلك. وإن لم يبلغ في الأجل وكان كراء مثله أكثر من أكثر الكراءين، لم يزد على أكثر الكراءين؛ وإن كان كراء مثله أقل من أقل الكراءين لم يكن له إلا ذلك، وهذا تأويل ابن أبي زمنين. (والثالث) أنه إن بلغ في الأجل لم ينقص من أكثر الكراءين، إن كانت القيمة أقل منه ولا يزيد عليه إن كانت أكثر منه، وإن لم يبلغ في الأجل، لم ينقص من أقل الكراءين إن كانت القيمة أقل منه، ولا زيد عليه إن كانت[9] القيمة أكثر منه.

فصل

وكراء الرواحل والدواب على وجهين، أحدهما أن يكون مضموناً، والثاني أن يكون معيناً؛ فأما المعين فهو أن يقول أكتري منك دابتك هذه أو راحلتك هذه، قال بعينها أو لم يقل، أو دابتك الفلانية أو راحلتك الفلانية، وذلك جائز بالنقد وإلى أجل، إذا شرع في الركوب أو كان إنما يركب إلى الأيام القلائل العشرة ونحوها، قاله مالك، وقال ابن القاسم: لا يعجبني إلى عشرة أيام يريد إذا نقد، وهذا إذا كانت الدابة أو الراحلة[10] حاضرة، وأما إن كانت غائبة فلا يجوز تعجيل النقد، لأن النقد لا يصلح في شراء الغائب، وأما إن اكترى الراحلة بعينها على أن

(٩) جملة (أقل منه ولا زيد عليه إن كانت) ساقطة في هـ.
(١٠) الدابة أو الراحلة: ح ٢ هـ، الراحلة أو الدابة: ت.

لا يركبها إلى فوق العشرة الأيام، قال في المدونة إلى ثلاثين يوماً أو نحوها، فلا يجوز الكراء بالنقد، ويجوز بغير النقد، وقال غيره: لا يجوز الكراء وإن لم ينقد لأنه من التحجير.

فصل

وهذا الكراء المعين ينفسخ الكراء فيه بموت الراحلة أو الدابة، فإن ماتت في بعض المسافة فأراد أن يعطيه دابة أخرى بعينها يبلغ عليها إلى منتهى غايته، فإن كان لم ينقد فذلك جائز، لأنه كراء مبتدأ، كان قد نقده لم يجز، لأنه فسخ الدين في الدين: فسخ ما يجب له الرجوع به من بقية رأس ماله في راحلة يركبها، إلا أن يكون ذلك في مفازة حيث لا يجد الكراء، فيجوز ذلك للضرورة؛ قال ابن حبيب: كما يجوز للمضطر أكل[11] الميتة، وهذا على مذهب ابن القاسم، وأما على مذهب أشهب فذلك جائز، لأنه يجوز له أن يتحول من دين له إلى خدمة عبد بعينه أو كراء دابة بعينها، ولا يرى ذلك من فسخ الدين في الدين؛ لأنه إنما تحول إلى الانتفاع بشيء معين فجعل قبضه[12] إياه[13] لاستيفاء المنافع منه قبض لجميع المنافع، ولا يجوز له أن يكري منه بما يجب[14] له به الرجوع عليه من الكراء كراء مضموناً باتفاق من ابن القاسم وأشهب وغيرهما.

فصل

فإن[15] فلس رب الراحلة في الكراء المعين، فالمكتري أحق بها إلى منتهى غايته قبضها أو لم يقبضها نقد الكراء أو لم ينقد.

فصل

وأما كراء الدابة المضمونة أو الراحلة المضمونة وهو أن يقول أكرني دابة أو

(١١) يجوز للمضطر أكل: ح ٢ هـ، يجوز ذلك للمضطر في أكل: ت.
(١٢) قبضه: ت ح ٢، قبضها: هـ.
(١٣) كلمة (إياه) ساقطة في ت، وهي ثابتة في ح ٢ هـ.
(١٤) كلمة (يجب) ساقطة في ت، ثابتة في ح ٢ هـ.
(١٥) وإن: ت ح ٢، فإن: هـ.

راحلة فإنه يجوز أيضاً بالنقد وإلى أجل إذا شرع في الركوب وأما إن لم يشرع في الركوب، وإنما تكارى كراء مضموناً إلى أجل كالمتكاري إلى الحج في غير إبانه، فالقياس أنه لا يجوز إلا بتعجيل الكراء، لأنه كالسلم الثابت في الذمة فلا يجوز إلا بتعجيل رأس المال، إلا أن مالكاً رحمه الله قد خفف، أن يعربن الدينار إلى أن يأتي الكري بظهره، لأن الأكراء قد قطعوا بالناس وقال: كم من كري قد هرب وترك أصحابه، فأجاز تأخير الكراء لهذه الضرورة، واستحب أن ينقد أكثر الكراء أو نحو ثلثيه(١٦).

فصــل

ولا ينفسخ الكراء بموت الدابة في الكراء المضمون، إلا أن الكـري إذا قدم إلى المكتري دابة فركبها فليس له أن يبدلها(١٧) تحته إلا برضاه؛ وإن فلس الكـري كان المكتري أحق بها إلى منتهى غايته إذا كان قبضها وإن كان يبدل دوابه تحته فهو أحق بما كان تحته يوم التفليس، وإن كانت يوم التفليس قد نزل عنها وأخرجت إلى المرعى، فليس ذلك بمانع له من أن يكون أحق بها من الغرماء قاله ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب المديان، وغمز محمد بن المواز قول ابن القاسم هذا وقال: إنما يجب أن يكون أحق بها إذا كانت معينة، وهو معنى قول غير ابن القاسم في الكتاب ليس الراحلة بعينها كالمضمون، وقد تؤول أن معنى ذلك في اختلافهما في الكراء لتقدم المسئلتين جميعاً واحتمال إعادة قوله المذكور على كل واحد(١٨) منهما.

فصــل

وأما إن فلس الكـري قبل أن يقبض المكتري الدابة في الكراء المضمون، فهو أسوة الغرماء يحاصهم بقيمة الكراء يوم الحصاص لا يوم الكراء، فما صار له

---

(١٦) نحو ثلثه: ت ح ٢، نحوه: هـ.
(١٧) يبدلها: ت ح ٢، يأخذها من تحته: ت.
(١٨) واحد: ح ١ هـ، واحدة: ت.

أكرى له به وما بقي اتبعه به ديناً في ذمته، قال محمد وسواء نقد الكراء أو لم ينقد، إلا أنه إن لم ينقد غرم الكراء ثم حاص فيه الغرماء وفي سائر ماله، فإن صار له نصف الكراء اتبعه بنصف الحمولة وليس بالثمن(١٩).

فصـــل

فإذا قلنا إن الكراء على وجهين مضمون ومعين، فلا يخلو عقد الكراء من ثلاثة أوجه، أحدها أن يقع على معين ببيان ونص، وذلك أن يقول أكتري منك دابتك هذه أو دابتك الفلانية، قال بعينها أو لم يقل، الحكم في ذلك سواء؛ والثاني أن يقع على مضمون ببيان، وذلك أن يقول أكر مني دابة بغلاً أو حماراً أو راحلة صفة كذا وكذا من غير أن يسميها أو يشير إليها. والثالث أن يعرى العقد في ذلك من البيان، وذلك أن يقول أكتري منك دابتك بغلك أو حمارك أو راحلتك ولا يزيد على ذلك؛ فأما الوجهان الأولان، فلا كلام فيهما لهما في المضمون حكم المضمون، وفي المعين حكم المعين، على ما تقدم، وأما الوجه الثالث إذا قال أكتري منك بغلك أو راحلتك(٢٠)، ولم يزد على ذلك، فهي على أنها مضمونة غير معينة حتى يعينها بالتسمية لها أو بالإشارة(٢١) إليها، روى ذلك ابن القاسم عن مالك رحمه الله تعالى في كتاب الرواحل والدواب، وإليه ذهب ابن حبيب، قال في الصانع: إذا استعمله(٢٢) الرجل عملاً فهو عليه مضمون في ماله إن مات قبل أن يتم ما استعمل إلا أن يشترط عمل يده أو يكون إنما قصده لرفقه(٢٣) وإحكامه، وحكي ذلك عن أصبغ وأنه مذهب قول مالك(٢٤) رحمه الله تعالى وروى أيضاً ابن القاسم عن مالك رحمه الله تعالى نحوه في أول سماعه من كتاب الجعل والإجارة، وهو الذي يأتي على ما في كتاب النذور من المدونة، قال في الذي يحلف أن لا

(١٩) بنصف الحمولة وليس بالثمن: ح ٢ هـ، بالحمولة وليس بنصف الثمن: ت.

(٢٠) راحلتك: ح ٢ هـ، حمارك: ت.

(٢١) والإشارة: ت ح ٢، أو بالإشارة: هـ.

(٢٢) إذا استعمله: ح ٢ هـ، يستعمله: ت.

(٢٣) قصده لرفقه: ح ٢ هـ، قصد لوقفه: ت.

(٢٤) مذهب قول مالك: ت ح ٢، ذهب إلى قول مالك: هـ.

يدخل دار فلان أنه يجوز له أن يدخلها إذا خرجت عن ملكه ما لم يقل دار فلان هذه، فيعينها بالإشارة إليها، ومثله أيضاً في سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق فرق بين أن يحلف الرجل فيقول لا دخلت جنانك أو لا دخلت هذه الجنان[٢٥]. وفي سماع عيسى عن ابن القاسم في الكتاب المذكور في الذي يحلف أن لا يستخدم عبد فلان فيعتق فلان عبده ذلك، أنه لا يجوز له أن يستخدمه بعد العتق وإن لم يقل هذا العبد، فيدخل الاختلاف[٢٦] في هذه الرواية بالمعنى في مسئلة الكراء، والأول هو المشهور المنصوص عليه.

فصل

وهذا إذا اتفقا على الإبهام وتصادقا عليه[٢٧] ولم يدعيا البيان، وأما لو ادعيا البيان واختلفا، فقال أحدهما مضموناً وقال الآخر معيناً، لوجب أن يتحالفا ويتفاسخا إن كان المكتري[٢٨] لم يقبض، لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه، وأما إن قبض المكتري الدابة ثم اختلفا فقال المكتري هذه الدابة التي قبضت هي التي اكتريت بعينها، وقال رب الدابة لم أكرها بعينها وإنما أكريت منك كراءً مضموناً أو ادعى المكتري أنه اكترى إكراءً مضموناً وقال رب الدابة ما أكريت منك إلا تلك التي دفعت إليك بعينها، فالقول قول الذي[٢٩] ادعى تعيين الدابة المدفوعة مع يمينه منها إن فاتت الدابة، وأما إن كانت الدابة قائمة لم تفت ولا دخلها عيب، فلا معنى ليمين من ادعى التعيين إذ لا تفيد يمينه في هذه الحالة شيئاً، لأنه إن كان الذي ادعى التعيين هو المكتري، فإنه يقول للمكري هب الأمر كما تقول إنها مضمونة قد دفعت إليّ هذه الدابةفليس لك أن تنزعها مني، وإن كان الذي ادعى التعيين هو رب الدابة فإنه يقول للمكتري هب الأمر كما تقول إنها مضمونة ليس لك أن تلزمني بدلها ما لم تمت أو يدخلها عيب أو مرض. وبالله التوفيق.

---

(٢٥) هذه الجنان: ت ح ٢، هذا الجنان: هـ.
(٢٦) الاختلاف: ت ح ٢، الخلاف: هـ.
(٢٧) عليه: ت ح ٢، على ذلك: هـ.
(٢٨) المكتري: ت ح ٢، الكرى: هـ.
(٢٩) الذي: ح ٢ هـ، من: ت.

فصــل

في التداعي، الأصل في التداعي من كتاب الله عز وجل قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَدْعُ مَعَ اللهِ إلٰهاً آخَرَ لا بُرْهَانَ لَهُ بِهِ فَإنَّما حِسَابُهُ عِنْدَ رَبِّهِ إنَّـهُ لا يُفْلِحُ الْكَافِرُونَ ﴾[٣٠]، وقوله تعالى: ﴿أَإِلَهٌ مَعَ اللهِ قُلْ هَـاتُوا بُـرْهَانَكُم إن كُنتُمْ صَادِقِينَ ﴾[٣١]، وقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ المُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَـانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَـادَةً أَبَـدَاً وأُوْلَئِـكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾[٣٢]؛ فوجب بهذا على كل من ابتدأ[٣٣] قولاً وابتدع مذهباً أن يأتي بالدليل على صدق قوله، والبرهان على صحة مذهبه، وعلى من ادعى على أحد دعوى في مال أو دم أو عرض أو غير ذلك، أن يأتي بالبينة على دعواه، وقد بيّن ذلك النبي ﷺ بعموم قوله: «الْبَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[٣٤]. وبقوله للرجل الذي خاصم إليه في الأرض التي زعم أنه انتزى عليها في الجاهلية فأنكر ذلك من دعواه: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينه»[٣٥].

فصــل

فوجه معرفة الفصل في الحكم بين المتداعيين تمييز المدعي الذي يكلف إقامة البينة على دعواه ولا يمكن من اليمين من المدعي عليه الذي يمكن من اليمين ولا يكلف إقامة البينة بالوقوف على العلة المفرقة بينهما الموجبة لتبدئة المدعى عليه باليمين دون المدعي، إذ قد يكون القول قول المدعي إذا كان في معنى المدعى عليه وتكون على المدعى عليه إقامة البينة إذا كان في معنى

(٣٠) الآية: ١١٧ ـ سورة المؤمنون.
(٣١) الآية: ٦٤ ـ سورة النمل.
(٣٢) الآية: ٤ ـ سورة النور.
(٣٣) ابتدع: ح ٢ هـ، ابتدع: ت.
(٣٤) رواه البيهقي وابن عساكر من حديث ابن عمرو، ذكره في الجامع الصغير ووضع عليه علامة الضعف (ض).
انظر فيض القدير على الجامع الصغير ٢٢٥/٣.
(٣٥) أخرجه مسلم من حديث ابن مسعود، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ١٥٣/٤.

المدعي، لأن المدعى عليه لم يكن القول قوله من أجل أنه مدعى عليه، ولأن المدعي لم يكلف إقامة البينة على دعواه من أجل أنه مدع، إذ ليست الأحكام للأسماء، إنما هي للمعاني، فالمعنى الذي من أجله كان القول قول المدعى عليه هو أن له سبباً يدل على صدقه دون المدعي في مجرد دعواه وهو كون السلعة بيده إن كانت الدعوى في شيء بعينه، أو كون[٣٦] ذمته بريئة على الأصل في براءة الذمم[٣٧] إن كانت الدعوى فيما في ذمته، والمعنى الذي من أجله وجب على المدعي إقامة البينة على دعواه هو مجرد[٣٨] دعواه من سبب يدل على صدقه فيما يدعيه، فإن كان له سبب يدل على تصديق قوله أقوى من سبب المدعى عليه، كالشاهد الواحد، أو الرهن، أو ما أشبه ذلك من إرخاء الستر، وجب أن يبدأ باليمين دون المدعى عليه، فإن لم يكن لواحد منهما سبب يدل على صدقه كالسلعة يتداعيانها وليست بيد واحد منهما، أو كان لكل واحد منهما سبب مكافىء لسبب صاحبه لا مزية له عليه، كتكافؤ البينة وليست السلعة في يد واحد منهما، لم يبدأ أحدهما باليمين دون صاحبه، ووجب أن يحلفا جميعاً ويقسما السلعة بينهما[٣٩].

فصل

والأصل[٤٠] في هذا أن المبدأ باليمين من المتداعيين هو من كان منهما أشبه بالدعوى بسبب يدل على تصديقه، كان المدعي أو المدعي عليه، لأن المدعي والمدعى عليه متداعيان في الحقيقة، مثال ذلك أن من ادعى داراً في يد رجل هما متداعيان فيها، لأن كل واحد منهما يدعيها لنفسه دون صاحبه فيستويان في الدعوى، وفضله الذي في يده الدار باليد، فكان أشبه بالدعوى، فجعل القول قوله لهذا المعنى، لا من أجل كونه مدعى عليه.

---

(٣٦) كون: ح ٢ هـ، تكون: ت.
(٣٧) الذمم: هـ، الذمة: ت ح ٢.
(٣٨) مجرد: ح ٢ هـ، تجرد: ت.
(٣٩) كلمة (بينهما) ساقطة في ت.
(٤٠) والأصل: هـ، فالأصل: ت ح ٢.

فصـــل

وقول سعيد بن المسيب رضي الله عنه أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما، فالمدعي أن يقول الرجل قد كان، والمدعى عليه أن يقول الرجل لم يكن ليس على عمومه في كل موضع، وإنما يصح إذا تجردت دعوى المدعي في قوله قد كان من سبب يدل على تصديق دعواه، فإن كان له سبب يدل على تصديق دعواه أقوى من سبب المدعى عليه القائل لم يكن بـرىء عليه باليمين، مثال ذلك أن من حاز شيئاً مدة تكون فيه الحيازة عاملة في وجه المدعى فادعى الشراء، كان القول قوله مع يمينه في ذلك، وهو مدع يقول قد كان والمدعي عليه يقول لم يكن، وكذلك المودع يدعي رد الوديعة، القول قوله وهو مدع يقول قد كان، والـودع يقول لم يكن، ومثـل هذا كثير.

فصـــل

يتبين بهذا الذي قلناه أن قول النبي ﷺ البينة على من ادعى واليمين على من أنكر عام في جميع الدعاوى من الأموال والدماء وغير ذلك، وخاص فيما تجردت دعواه من المتداعيين عن سبب يدل على صدق قوله والله أعلم.

فصـــل

وهذه جملة لا اختلاف بين أحد من أهل العلم فيها وما يوجد من الاختلاف بينهم في التداعي ليس بخارج عن هذا الأصل، إنما هو اختلافهم في قوة السبب الدال على تصديق أحد المتداعيين وضعفه على ما يؤديه الاجتهاد إلى كل واحد منهم.

فصـــل

والاختلاف بين المتكاريين كالاختلاف بين المتبايعين، لأن الكراء بيع من

البيوع، والأصل في ذلك قوله ﷺ أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان[41].

فصل

واختلافهما لا يخلو من ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يختلفا في المسافة، (والثاني) أن يختلفا في الكراء، (والثالث) أن يختلفا في الأمرين جميعاً. فأما اختلافهما في المسافة فإنه على وجهين، (أحدهما) أن يختلف في غايتها مثل أن يقول المكري[42] أكريت منك إلى قرمونة، ويقول المتكاري بل اكتريت منك إلى إشبيلة، (والثاني) أن يختلفا في جملتها مثل أن يقول المكري[43] أكريت منك إلى إشبيلة ويقول المتكاري إنما تكاريت منك إلى غرناطة، وما أشبه ذلك، وأما اختلافهما في الكراء، فإنه على ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يختلفا في نوعه مثل أن يقول أحدهما دنانير والآخر دراهم أو طعام أو عروض[44] وما أشبه ذلك، (والثاني) أن يختلفا في الصفة مثل أن يقول أحدهما دنانير هاشمية ويقول الآخر عتق سليمانية أو يقول أحدهما وازنة ويقول الآخر ناقصة، أو يقول أحدهما دراهم سود ويقول الآخر بيض، وما أشبه ذلك، أو يقول أحدهما قمح على صفة كذا وكذا، ويقول الآخر بل على صفة كذا وكذا، وما أشبه ذلك؛ (والثالث) أن يختلفا في قلته وكثرته مثل أن يقول المكري[45] أكريت منك بعشرة دراهم أو عشرة أرادب، ويقول المكتري[46] اكتريت منك بثمانية دراهم، أو ثمانية أرادب وما أشبه ذلك.

فصل

فأما إذا كان اختلافهما في جملة المسافة أو في نوع الكراء، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان من غير تفصيل.

---

(٤١) مر تخريجه.

(٤٢) المكري: هـ، الكري: ت ح ٢.

(٤٣) المكري: هـ، الكري: ت ح ٢.

(٤٤) عروض: ح ٢ هـ، عرض: ت.

(٤٥) المكري: هـ، الكري: ت ح ٢.

(٤٦) المكتري: هـ، المتكاري: ت ح ٢.

فصــل

وصفة أيمانهما أن يحلف المكري[٤٧] في اختلافهما في جملة المسافة ما أكرى منه إلى بلد كذا وكذا وليس عليه أن يزيد في يمينه ولقد اكترى منه إلى بلد كذا وكذا إلا أن يشاء رجاء أن ينكل صاحبه عن اليمين، فلا يحتاج إلى يمين أخرى، وإن شاء أن يقول ما أكريت منه إلا إلى بلد كذا وكذا فيجمع المعنيين في لفظ واحد، ثم يحلف المكتري بالله ما اكتريت منه إلى موضع كذا ولا يزيد في يمينه ولقد اكتريت منه إلى بلد كذا، إذ لا فائدة له في ذلك، لأن المكري قد نفاه بيمينه إلا أن يكون هو المبدأ باليمين على غير الاختيار في تبدئة البائع باليمين، وعلى ما كان الشيوخ يتأولون على رواية يحيى من جامع البيوع من العتبية وليس بتأويل[٤٨] صحيح، فيزيد ذلك في يمينه إن شاء، أو يقول ما اكتريت منه إلا إلى موضع كذا وكذا رجاء أن ينكل المكري عن اليمين، فلا يحتاج إلى يمين أخرى، وعلى هذا فقس أيمان المتبايعين والمتكاريين حيثما وجب التحالف والتفاسخ بينهما.

فصــل

فإن نكل أحدهما وحلف الآخر[٤٩]، كان القول قول الحالف منهما، ولا بد أن يحلف ههنــا[٥٠] على المعنيين جميعاً أو يجمعهما، إن شاء في لفظ واحد على ما تقدم.

فصــل

واختلف إن حـلفا جميعاً هل يقع الفسخ بينهما بتمام التحالف أم لا على أربعة أقوال، (أحدها) أن الفسخ يقع بينهما بتمام التحالف وهو قول سحنون وظاهر

---

(٤٧) المكري: هـ، الكري: ت ح ٢.
(٤٨) بتأويل صحيح: ح ٢ هـ، ذلك بصحيح: ت.
(٤٩) فإن نكل أحدهما وحلف الآخر: ح ٢ هـ، فإن حلف أحدهما أو نكل الآخر: ت.
(٥٠) أن يحْلف ههنا: ح ٢ هـ، ههنا أن يحلف: ت.

ما في كتاب الشفعة من المدونة؛ (والثاني) أنه لا يقع الفسخ بينهما بتمام التحالف وهو مذهب ابن القاسم في السلم الثاني من المدونة، (والثالث) أن ذلك إن كان بحكم وقع الفسخ بتمام التحالف، وإن لم يكن بحكم لم يقع الفسخ إلا بتراضيهما عليه بعد الأيمان، (والرابع) أن ذلك إن كان بحكم من الحاكم لم يقع الفسخ حتى يحكم به الحاكم بينهما، وإن كانت أيمانهما دون حكم وقع الفسخ بتمام التحالف، بعكس القول الثالث، ووجه هذا القول أن رضاهما بالتحالف دون الحكم رضا منهما بالفسخ، وهذان القولان للمتأخرين من أصحابنا.

فصـــل

فإذا قلنا إن البيع والكراء لا ينفسخ بينهما بتمام التحالف حتى يفسخه الحاكم بينهما، ففي ذلك اختلاف، قال في المدونة: إن للمبتاع أن يأخذ بما قال البائع وظاهره أن ليس للبائع أن يلزمها المبتاع بما قال، وقال محمد بن عبد الحكم: إن للبائع أن يلزمها المبتاع بما قال؛ فظاهره أيضاً أنه ليس للمبتـاع أن يأخذها بما قال البائع، وقد قيل إن ذلك ليس باختلاف من القول، وإنما تكلم في المدونة على المبتاع وسكت عن البائع؛ وتكلم محمد بن عبد الحكم على البائع، وسكت عن المبتاع، فيجمع بين القولين بأن القول إن أراد المبتاع أن يأخذ بما قال البائع، لزم ذلك البائع، وإن أراد البائع أن يلزمها المبتاع بما قال، لزم ذلك المبتاع، وهذا هو الذي حملناه عن الشيخ أبي جعفر بن رزق رحمه الله، وإنما يصح[51] ذلك إذا كان اختلافهما في القلة والكثرة أو في غاية المسافة، وأما إن كان اختلافهما في الأنواع أو في جملة المسافة فلا يصح أن يحمل عليه إلا على أنه اختلاف من القول[52]، إذ لا يصح أن يجمع بينهما في ذلك، فيكون على مذهب ابن القاسم للمكتري أن يركب إلى البلد الذي قال المكري[53] إن كان اختلافهما في جملة المسافة، وأن يركب النوع الذي قال المكري[53] إن كان اختلافهما في

(٥١) يصحح: ح ٢ هـ، يصلح: ت.
(٥٢) إذ لا: ت ح ٢، ولا: هـ.
(٥٣، ٥٣) المكري: ح ٢ هـ، الكري: ت.

الأنواع ويكون على مذهب محمد بن عبد الحكم للمكري أن يلزم المكتري الركوب إلى البلد الذي ادعى إن كان اختلافهما في جملة المسافة، وأن يلزمه الركوب بالنوع الذي ادعى إن كان اختلافهما في الأنواع.

فصــل

واختلف أيضاً إذا نكلا جميعاً، فذهب ابن القاسم إلى أن ينزل نكولهما جميعاً بمنزلة حلفهما جميعاً، وهو قول شريح في كتاب الخيار من المدونة: إن حلفا ترادا، وإن نكلا ترادا، وذهب ابن حبيب إلى أنهما إن نكلا كان القول قول البائع، وحكى نحو ذلك عن مالك في مسئلة الوكيل، هكذا أتت الرواية عنه مجملة دون تبيين، وذهب بعض أهل العلم إلى أن معنى ذلك بعد أن يحلف، ووجه ما ذهب إليه أن اليمين التي نكل عنها إنما هي قوله إني ما أكريت إلى مكان كذا وكذا، وما أكريت بكذا[٥٤] وكذا، وأما زيادته في يمينه ولقد أكريت إلى موضع كذا وكذا ولقد أكريت بكذا وكذا، فلم ينكل عنه إذ لم يجب عليه اليمين بذلك ولا كلف إياه، وإنما هو أمر طاع بالحلف عليه رجاء أن ينكل صاحبه عن اليمين على ما قدمناه[٥٥]. فوجب أن لا يعتبر بنكوله عن يمين لم تجب عليه، ولا يستحق بها ما حلف، ولا يصح أن يكون القول قول من نكل عن اليمين إذا ردها على صاحبه فنكل عنها، إلا إذا كانت يميناً واجبة عليه لو حلف بها لاستحق بيمينه ما حلف عليه، كمن أقام شاهداً على حقه فنكل عن اليمين، فردها على المدعى عليه فنكل عن اليمين، فإن المدعي يأخذ ما ادعي بلا يمين، لأنه لوحلف لأخذ ما ادعى بيمينه، أو كمن وجب له على المدعى عليه اليمين فنكل عنها فردها على المدعي فنكل عن اليمين، فإن المدعى عليه تسقط عنه الدعوى دون يمين، لأنه لو حلف لسقطت عنه يمينه، وأما من نكل عن يمين غير واجبة عليه، فلا يستحق بنكوله ما نكل عنه إذا نكل صاحبه، أصل ذلك من ادعى على رجل دعوى فقال المدعى عليه للمدعي: أنا أبرئك باليمين احلف وخذ ما ادعيت، فقال المدعي: لا أحلف

---

(٥٤) بكذا: ح ٢ هـ، بمكان كذا: ت.

(٥٥) قدمناه: ح ٢ هـ، قدمنا: ت.

قد رددت عليك اليمين، احلف أنت وابرأ، فقال: لا أحلف ونكل عن اليمين، لم يستحق المدعي ما نكل عنه، وهو لو حلف عليه لاستحق، إذ لم تجب عليه اليمين التي نكل عنها، فأحرى أن لا يستحق في مسئلتنا بنكوله ما نكل عنه إذا نكل صاحبه إذ ما نكل عنه لم يجب عليه، وإذ لو حلف عليه لما استحقه وهذا بين.

فصل

فإذا قلنا معنى ما ذهب إليه ابن حبيب أن القول قول البائع مع يمينه فهو أظهر من قول ابن القاسم، لأن البائع إذا نكل أولاً عن اليمين، فمن حجته أن يقول إذا نكل المبتاع، أنا أحلف لقد بعت سلعتي بكذا وكذا، لأنني في ذلك مدع على المبتاع، فلما نكل عن اليمين وجب لي أن أحلف وآخذ على حكم المدعي والمدعى عليه، ولو كان من حقي أن أحلف وآخذ ما حلفت عليه لم أنكل عن اليمين، فإن نكل البائع على هذا عن اليمين بعد نكول المبتاع حلف المبتاع وأخذ السلعة لما حلف عليه، وهذا كله بين، لأن البائع في التمثيل مدع على المبتاع أنه ابتاع بعشرة، فلما نكل عن اليمين وجب أن يحلف هو ويستحق العشرة، والمبتاع مدع على البائع أنه باع بثمانية، فلما نكل عن اليمين وجب أن يحلف هو ويستحق السلعة بثمانية، وكذلك على هذا إذا اختلف المتكاريان في عدد الكراء أو في نوعه وجملة[٥٦] المسافة، أو في غايتها فنكلا عن اليمين يكون القول قول المكري مع يمينه، فإن نكل عن اليمين، كان القول قول المكتري مع يمينه إلا في اختلافهما في جملة المسافة، فيأتي على هذا أنه إن نكل كل واحد منهما عن الحلف على تكذيب قول صاحبه، حلف كل واحد منهما على ما ادعى واستحقه على صاحبه، فلزم المكتري أن يمضي مع المكري إلى البلد الذي حلف عليه، ولزم المكري أن يمضي مع المكتري إلى البلد الذي حلف عليه أيضاً فلو قال قائل إن معنى قول ابن القاسم إن نكلا ترادا أما وإن كل واحد منهما نكل عن اليمين قبل نكول صاحبه، وبعد نكوله وأبى من اليمين جملة، لقلت له ما أبعدت في التأويل، ولقد قلت قولاً

---

(٥٦) في نوعه أو في جملة: ت ح ٢، في نوعه وجملة: هـ.

وسطاً نفيت به الاعتراض عن ابن القاسم والاختلاف بينه وبين ابن حبيب، وحمل الروايات على الاتفاق ما أمكن، أولى من حملها على الخلاف[٥٧]. لا سيما إذا كان في حملها على ظاهرها من الخلاف اعتراض على أحد القولين، كمسألتنا هذه. وأما من حمل قول ابن حبيب على ظاهره في أن القول قول البائع بلا يمين إذا نكلا عن اليمين يعد قوله مثل قول أهل العراق في القضاء بالنكول دون رد اليمين ولم يمكنه الجمع بين مذهبه ومذهب ابن القاسم، فالتأويل الأول أظهر والله أعلم.

فصــل

واختلف إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة وأتى أحدهما بأشبه مما أتى به صاحبه، هل يتحالفان ويتفاسخان، أو يكون القول قول من أتى منهما بالأشبه، فالمشهور من المذهب الصحيح من الأقوال أنهما يتحالفان ويتفاسخان ولا ينظر في ذلك إلى الأشبه من غيره، وذهب ابن وهب إلى أن القول قول من أتى منهما بما يشبه وقاله ابن حبيب في بعض مسائله، منها إذا ادعى أحدهما حلالاً والآخر حراماً، ومنها إذا اختلفا في صفة النقد وقاله ابن القاسم في سماع عيسى في الكرى يقول أكريت منك إلى المدينة، ويقول المكتري اكتريت منك إلى مكة، وذلك في أيام الحج وقاله أيضاً في سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات في الذي يبيع الأرض وفيها الماء، فيقول أنا[٥٨] بعت الأرض دون الماء بشرط وبيان، ويقول المبتاع بل اشتريت الأرض بمائها، وأقام[٥٩] ذلك القاضي أبو الوليد الباجي رحمه الله تعالى من كتاب الرواحل والدواب من المدونة، ولا يصح ما ذهب إليه من ذلك، لأن الذي في المدونة إنما هو مع الفوات.

فصــل

فأما مسئلة الكراء والأرض والماء والاختلاف في صفة النقد فيجري ذلك على الاختلاف، وأما مسئلة الاختلاف في الحلال والحرام، ففيه تفصيل، وذلك

---

(٥٧) الخلاف: ت ح ٢، الاختلاف: هـ.
(٥٨) أنا: ح ٢ هـ، إنما: ت.
(٥٩) وأقام: ح ٢ هـ، فأقام: ت.

أن السلعة لا تخلو من أن تكون قائمة أو فائتة، فإن كانت قائمة وكان اختلافهما لا يؤدي إلى اختلاف في الثمن ولا في المثمون، فإن القول قول من يدعي الصحة والحلال منهما، وإن كان اختلافهما يؤدي إلى اختلاف في الثمن والمثمون جرى ذلك على اختلافهم في مراعاة دعوى الأشباه مع القيام، فيكون القول قول مدعي الصحة على مذهب من يراعى دعوى الأشباه مع القيام، إلا أن يكون العرف الحرام، فيكون القول قول مدعي الحرام، وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن القول قول من ادعى العرف منهما، فإن كان الناس يتعاملون بالحلال والحرام أحلفا وفسخ الأمر بينهما، فلم ير في هذه الرواية لمدعـي الحلال مزية في دعواه على مدعي الحرام، وبناها على مراعاة دعوى الأشباه مع القيام، ويتحالفان ويتفاسخان على مذهب من لا يراعي دعوى الأشباه، كذا أتت الرواية أنهما يتحالفان ويتفاسخان، والذي ينبغي أن يكون القول قول مدعي الفساد بائعاً كان أو مبتاعاً، فإن حلفا انفسخ البيع ولا معنى ليمين صاحبه، لأن البيع يفسخ حلف أو نكل إذا حلف مدعي الفساد فإن نكل، حلف مدعي الصحة وثبت البيع. وأما إن كانت السلعة قد فاتت وكان اختلافهما لا يؤدي إلى اختلاف في الثمن ولا في المثمون، أو يؤدي إلى اختلاف في قلة الثمن وكثرته، أو في صفته دون نوعه، فإن القول قول مدعي الحلال منهما وإن كان اختلافهما في الأنواع، جرى ذلك على الاختلاف في مراعاة دعوى الأشباه مع القيام، هذا الذي يتحصل عندي في هذه المسئلة على أصولهم.

فصـــل

وقد كنا ذكرنا في أول المسئلة أن المتكاريين إذا اختلفا في جملة المسافة، أو في نوع الكراء، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان من غير تفصيل، ومضى القول في حكم التحالف والتفاسخ في ذلك، وكذلك يتحالفان ويتفاسخان أيضاً(٦٠) إذا اختلفا في عدد الكراء قبل الركوب أو بعد الركوب بشيء يسير لا ضرر فيه في

---

(٦٠) كلمة (أيضاً) ساقطة في ت.

الرجوع عليهما تعد أو لم نقد إلا على مذهب أشهب الذي يرى التحالف والتفاسخ في القيام والفوات، فيتحالفان ويتفاسخان ركب أو لم يركب نقد أو لم ينقد، وكذلك الحكم إذا اختلفا في صفة الكراء إلا ما حكيناه، عن ابن حبيب من مراعاة العرف في اختلافهما في صفة النقد، وقلنا إن ذلك من قوله يأتي على مراعاة الأشباه مع القيام في موضع التحالف والتفاسخ، وكذلك يتحالفان ويتفاسخان أيضاً إذا اختلفا في غاية المسافة قبل الركوب أو بعد الركوب بشيء يسير لا ضرر فيه عليهما في الرجوع منه نقد أو لم ينقد على مذهب ابن القاسم، وقال غيره إذا نقد فالقول قول المكري، وعلى قول أشهب يتحالفان ويتفاسخان ركب أو لم يركب نقد أو لم ينقد.

فصل

وأما إن اختلفا في عدد الكراء أو في صفته بعد أن سارا من الطريق ما عليهما في الرجوع منه ضرر. فالقول قول المكتري نقد أو لم ينقد أشبه ما قال المكري أو لم يشبه، فإن نكل عن اليمين، كان القول قول المكري ـ أشبه ما قال أو لم يشبه. وإن لم يشبه ما قال المكتري وأشبه ما قال المكري، كان القول قوله، وإن لم يشبه ما قال أيضاً تحالفا وكان عليه كراء المثل ولم يفسخ الكراء لما عليهما من الضرر في الرجوع، وكذلك إن نكلا جميعاً، وأما إن حلف أحدهما ونكل الآخر، فالقول قول الحالف منهما مع يمينه، وإن لم يشبه كانت الراحلة بعينها أو لم تكن على مذهب ابن القاسم، وقال غيره في المدونة ليس الراحلة بعينها كالضمون يريد أن المضمون ينفسخ الكراء فيه[61] بينهما إذا تحالفا ولا يلزمه أن يبلغه إلى المسافة بخلاف المعين.

فصل

وأما إن كان اختلافهما في غاية المسافة بعد الركوب الكثير بلغا إلى الغاية التي اتفقا عليها أو لم يبلغا وقبل النقد[62] فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه، (أحدها)

(٦١) كلمة (فيه) ساقطة في ت.
(٦٢) النقد: ت ح ٢، أن ينقد: هـ.

أن يشبه قولهما جميعاً أو يشبه قول المكتري ولا يشبه قول المكري، (والثاني) أن لا يشبه قول واحد منهما، (والثالث) أن يشبه قول المكري دون المكتري، فأما الوجه الأول وهو أن يشبه قولهما جميعاً، أو قول المكتري دون المكري، فإنهما يحلفان جميعاً وينفسخ الكراء في الغاية التي اختلفا فيها ونقض الكراء على الجميع، فيكون للمكري منه ما ناب الغاية التي اتفقا عليها ويركب المكتري إليها إن كان اختلافهما قبل الوصول إليها، بخلاف المتكاريين في وجيبة كراء الدار، وكذلك الحكم إن نكلا جميعاً، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان القول قول الحالف منهما، فإن كان المكتري هو الذي نكل عن اليمين، كان الكراءَ كله للمكري فيما أقر به من المسافة، وإن كان المكري هو الذي نكل، كان للمكتري الركوب إلى حيث ادعى، وأما الوجه الثاني وهو أن لا يشبه قول واحد منهما، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان في المسافة التي اختلفا فيها، ويكون للمكري في المسافة التي اتفقا عليها كراء مثلها، وكذلك الحكم أيضاً إن نكلا جميعاً؛ فإن نكل أحدهما وحلف الآخر، كان القول قول الحالف منهما وإن لم يشبه، لأن صاحبه قد مكنه من دعواه بنكوله عن اليمين، وأما الوجه الثالث وهو أن يشبه قول المكري دون المكتري فالقول قوله مع يمينه على دعوى المكتري، فإن نكل المكري عن اليمين كان القول قول المكتري ويركب إلى حيث ادعى[٦٣] وإن لم يشبه، لأن المكري قد مكنه من ذلك بنكوله.

فصل

وأما إن كان اختلافهما في ذلك بعد النقد فلا يخلو من ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يشبه قولهما جميعاً أو قول المكري الذي انتقد، (والثاني) أن لا يشبه قول واحد منهما، (والثالث) أن يشبه قول المكتري ولا يشبه قول المكري، فأما الوجه الأول وهو أن يشبه قولهما أو قول المكري الذي انتقد، فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل حلف المكتري وكان القول قوله في الركوب بما نقد إلى الغاية التي ادعى، وأما الوجه الثاني وهو أن لا يشبه قول واحد منهما، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان في

(٦٣) ادعى: ت ح ٢، ادعاه: هـ.

المسافة التي اختلفا فيها ويكون للمكري في المسافة التي اتفقا عليها كراء مثلها، فإن كان ذلك أكثر مما قبض وفاه المكتري الزيادة، وإن كان أقل مما قبض رد الزيادة، وكذلك إن نكلا جميعاً، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان القول قول الحالف منهما، وأما الوجه الثالث وهو أن يشبه قول المكتري ولا يشبه قول المكري، فإنهما يتحالفان على مذهب ابن القاسم ويفض الكراء المنقود على المسافتين، فما ناب المسافة التي اتفقا عليها، كان للمكري، وما ناب المسافة التي اختلفا فيها صرفه المكري على المكتري، وكذلك إن نكلا جميعاً، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان القول قول الحالف منهما.

فصـــل

وعلى هذا فقس اختلافهما في الوجهين جميعاً الكراء وغاية المسافة القول قول المكري أبداً في غاية المسافة أشبه أو لم يشبه على مذهب ابن القاسم. وفيمـا قبض من الكراء أنه إنما قبضه إلى الغاية التي يقربها والقول[٦٤] قول المكتري أنه لم يكتر إلا بكذا وكذا لما يقر به وفي أنه إنما اكتري به إلى الغاية التي يدعيها إن كان لم ينقدها ويفـض الكراء على الغايتين جميعاً عليه من ذلك ما ناب الغاية الأولى، ومن أتى منهما بما لا يشبه لم يصدق وكان القول قول صاحبه إن أتى بما يشبه إلا المكري[٦٥] في غاية المسافة على ما قدمناه، وإن أتيا جميعاً بما لا يشبه حلفا وكان على المكتري كراء المثل في المسافة الأولى، وكذلك إن نكلا جميعاً، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان القول قول الحالف منهما أشبه أو لم يشبه، ولا بدّ من ركوب المكتري إلى الغاية الأولى للضرر الداخل عليه في فسخ الكراء دونها في الطريق، ولو كان اختلافهما قبل الركوب أو بعد ركوب شيء يسير لا ضرر عليهما في الرجوع منه، تحالفا وانفسخ الكراء في الجميع والله أعلم وبه التوفيق.

فصـــل

في الإقالة في الكراء وما يجوز منها مما لا يجوز، الإقالة في الكراء

(٦٤) والقول: ح ٢ هـ، فالقول: ت.
(٦٥) المكري: ت ح ٢، المكتري: هـ.

المضمون كالإقالة في العروض المسلم فيها يعتبر الفساد فيها في وجهين: أحدهما أن تنعقد الإقالة بمجردها على ما لا يجوز، والثاني أن تكون الإقالة بمجردها لا مكروه فيها إلا أنك إذا أضفتها إلى الصفة الأولى، ظهر المكروه فيها، فاتهما على القصد إلى ذلك والعمل عليه، فمنعا من ذلك حماية للذرائع، وأما الكراء المعين، فاختلف في الإقالة فيه على قولين، أحدهما أن ذلك كالسلم الثابت في الذمة يعتبر فيها الوجهان جميعاً، والثاني أن ذلك كالإقالة من العروض المعينات لا يعتبر فيها إلا انعقادها بمجردها على ما لا يجوز.

فصــل

وبيان هذه الجملة أن الرجل إذا اكترى كراءً مضموناً ثم تقايل مع صاحبه على زيادة فلا يخلو ذلك من وجهين، أحدهما أن تكون الزيادة من قبل المكتري؛ والثاني أن تكون الزيادة من قبل المكري، فأما الوجه الأول وهو أن تكون الزيادة من قبل المكتري، فإن ذلك ينقسم على قسمين، أحدهما أن يكون ذلك قبل النقد، والثاني أن يكون بعد النقد قبل الافتراق والغيبة على النقد أو بعده، إذ لا فرق في زيادة المكتري إذا نقد قبل أن يغيب المكري على النقد أو لا يغيب، وفي كل وجه من هذين الوجهين ست مسائل، إذ لا تخلو الزيادة أن تكون ذهباً أو ورقاً أو عرضاً نقداً، فهذه ثلاث مسائل، أو تكون مؤجلة فهذه ثلاث مسائل أخر تتمة ست مسائل فيأتي اثنا عشر سؤالا في زيادة المكتري، وكذلك تنقسم الزيادة من المكري إلى قسمين، إلا أن أحدهما أن يكون ذلك قبل النقد أو بعده وقبل الغيبة عليه، إذ لا فرق في زيادة المكري بين أن يكون لم ينقد أو قد انتقد ولم يغب على النقد، والثاني أن يكون ذلك بعد النقد والغيبة عليه، وفي كل وجه من هذين الوجهين ست مسائل أيضاً على التقسيم المذكور في زيادة المكتري.

فصــل

فإذا استقال المكتري المكري في الكراء المضمون قبل النقد بزيادة، فإن كانت الزيادة مؤجلة، فلا يجوز باتفاق، لأن الكراء تحول من الكراء الذي وجب له

على المكتري إلى الركوب الذي عليه وإلى الزيادة المؤجلة، فيدخله فسخ الدين في الدين إن كانت الزيادة عرضاً، وإن كانت دنانير دخله عرض وذهب بذهب إلى أجل، وإن كانت دراهم، دخله الصرف المتأخر، وإن كانت الزيادة دنانير معجلة أو عروضاً معجلة، جاز ذلك، وإن كانت الزيادة دراهم معجلة والكراء بدنانير، لم يجز ذلك على مذهب ابن القاسم، إلا أن يكون أقل من صرف دينار، وقيل إن ذلك جائز وإن كان أكثر من صرف دينار، وذلك يأتي على مذهب من يجيز البيع والصرف ويرى انحلال الذمم بخلاف انعقادها، وقيل إن ذلك لا يجوز وإن كان أقل من صرف دينار وذلك يأتي على مذهب من يرى انحلال الذمم بمنزلة انعقادها، وهو قول أشهب وابن نافع، فيدخله الصرف المتأخر على مذهبهما، وذهب الفضل إلى أن الصرف المتأخر لا يدخله على مذهبهما، إلا أن يكون الكراء مؤجلاً لم يحل، ولا فرق عندي في الكراء المضمون بين أن يحل أو لا يحل، لأنه وإن حل فلا يمكن المكتري قبضه إلا شيئاً فشيئاً، وذهب ابن لبابة إلى أن الإقالة في الكراء المضمون قبل النقد لا يجوز أصلاً، وشبه ذلك بالإقالة من السلعة الغائبة قبل النقد. وقوله على قياس القول[٦٦] بأن انحلال الذمم بمنزلة انعقادها.

فصــل

وإن كـان استقاله بزيادة بعد النقد قبل أن يغيب عليه أو بعد أن غاب عليه وكانت الزيادة ذهباً، فلا تجوز إلا أن تكون مقاصة من الكراء الذي نقد على ما نص عليه في المدونة، وإن كانت دراهم فعلى الثلاثة الأقوال المتقدمة الجواز والمنع والفرق بين أن تكون الدراهم أقل من صرف دينار أو أكثر، وإن كانت عروضاً جاز أن تكون معجلة ومؤجلة، لأن المكتري باع الركوب الذي وجب له والعرض الذي دفع معجلاً أو مؤخراً بالكراء الذي يسترجعه، وذلك جائز، فهذا وجه القول في الاثنتي عشرة مسئلة في استقالة المكتري بزيادة.

---

(٦٦) بأن: ح ٢ هـ، أن: ت.

فصـــل[٦٧]

وأما إن كان المكتري هو المستقيل بزيادة ولم ينتقد أو انتقد ولم يغب على النقد، فذلك جائز، إن كانت الزيادة معجلة دنانير كانت أو دراهم أو عروضاً، لأن المكتري باع الركوب الذي وجب له على المكري بالزيادة التي أخذها معجلة وبالكراء الذي استرجعه من المكري إن كان قد[٦٨] نقده إياه أو بسقوطه عن ذمته إن كان لم ينقده إياه، فلا وجه من المكروه في ذلك، وإن كانت الزيادة مؤجلة لم تجز على حال ودخله فسخ الدين في الدين.

فصـــل

وأما إن كان المكري هو المستقيل بزيادة بعد أن انتقد وغاب على النقد، فلا يجوز على حال كانت الزيادة معجلة أو مؤخرة ما كانت وتدخله الزيادة في السلف، لأنهما يتهمان على إظهار الكراء والإقالة ليجيزا بينهما السلف على الزيادة إلا أن يكون قد سار من الطريق ما يرفع التهمة عنهما، فيجوز إن كانت الزيادة نقداً، ولا يجوز إن كانت إلى أجل، لأنه يكون من الدين بالدين، ألا ترى أن المكتري تحول من الركوب الذي كان له على المكري في ذمته إلى زيادة مؤجلة[٦٩]، فهذا وجه القول في الاثنتي عشرة مسئلة التي في استقالة المكري بزيادة.

فصـــل

قال في المدونة وهذا خلاف البيوع يريد أن الكراء المضمون بخلاف السلم[٧٠] الثابت في الذمة في جواز الإقالة في الكراء بعد الركوب والمنع منها في

---

(٦٧) من هنا إلى قوله (وإن كانت الزيادة في المكتري أيضاً) ـ وهو نحو عشر صفحات ـ ساقط في ت، ولم يبق معنا إلا نسختان: ح ٢ ـ هـ.

(٦٨) كلمة (قد) ساقطة في هـ، ثابتة في ح ٢.

(٦٩) معجلة: ح ٢، مؤخرة: هـ.

(٧٠) السلم: ح ٢، السلف: هـ.

السلم بعد قبض[71] السلم بزيادة معجلة يزيدها المسلم إليه[72] والمكري بعد أن انتقد وغاب على النقد خلاف مذهب أشهب في مساواته بين الوجهين، ويحتمل أن يريد أن الكراء المعين بخلاف بيع السلع المعينات في أن الإقالة بزيادة المكري بعد الغيبة على النقد لا تجوز كانت الزيادة معجلة أو مؤجلة بخلاف الإقالة في السلع المعينات بعد الغيبة على الثمن بزيادة معجلة أو مؤجلة، وهذا على القول الذي حكم فيه للكراء المعين بحكم الكراء المضمون، ويحتمل أن يريد أن حكم الكراء المضمون الثابت في الذمة بخلاف البيع في السلع المعينات في أنه لا يجوز لمن اكرى كراء مضموناً أن يستقيل بعد النقد بزيادة معجلة ولا مؤجلة، إلا أن يكون قد سار من الطريق ما يرفع التهمة عنهما، فيجوز بزيادة معجلة، ويجوز لمن باع سلعة أن يستقيل بعد أن غاب على النقد بزيادة مؤخرة ومعجلة.

فصـــل

وأما إن كان الكراء في دابة معينة فإن ذلك ينقسم على وجهين: (أحدهما) أن يكون الكراء مؤخراً بشرط أو عرف أو حكم. (والثاني) أن يكون الكراء نقداً بشرط أو عرف، فأما الوجه الأول وهو أن يكون الكراء مؤخراً فإن ذلك ينقسم على وجهين، (أحدهما) أن يكون المكتري هو المستقيل بزيادة. (والثاني) أن يكون المكري هو المستقيل بزيادة، ففي كل وجه من هذين الوجهين ست مسائل على ما ذكرناه في الكراء المضمون.

فصـــل

فإن استقاله المكتري بزيادة وكانت الزيادة عرضاً، جاز ذلك نقداً ولم يجز إلى أجل[73] فإن كانت الزيادة ذهباً والكراء بذهب لم يجز إلا إلى محل أجل الكراء على المقايضة ولا يجوز نقداً لأنه يدخله ضع وتعجل، ولا إلى أجل سوى

---

(٧١) قبض السلم: هـ، قبض بعض السلم ـ بزيادة (بعض): ح ٢.

(٧٢) يزيدها المسلم إليه والمكري: ح ٢، يزيدها في الكراء: هـ.

(٧٣) فإن: هـ، وإن: ح ٢.

محل أجل الكراء، وإن كانت الزيادة دراهم لم يجز نقداً ولا إلى أجل، لأنه يدخله الصرف المتأخر وهذا كله على مذهب ابن القاسم الذي يرى انحلال الذمم بخلاف انعقادها، وعلى مذهب أشهب أيضاً الذي يرى انحلال الذمم بمنزلة انعقادها، ويجيز التحول من الدين في كراء شيء بعينه، وأما على مذهب من يرى انحلال الذمم بمنزلة انعقادها ويقول بقول ابن القاسم إن من كان له دين على رجل، لا يجوز له أن يحوله في ركوب دابة بعينها؛ فلا تجوز الإقالة على حال؛ لأن المكري تحول من الكراء الواجب له على المكتري هي ركوب لا يتنجز قبضه، فيدخله فسخ الدين في الدين.

فصــل

فإن استقاله المكتري[٧٤] بزيادة[٧٥] وكانت الزيادة عرضاً جاز إن كان معجلاً ولم يجز إن كان مؤجلاً، لأنه يدخله فسخ الدين في الدين، وكذلك إن كانت الزيادة ذهباً والكراء بذهب، يجوز إن كانت معجلة ولا يجوز إن كان مؤجلة لأنه إن كانت معجلة فالمكتري تحول من الركوب الذي له على المكري إلى الكراء الذي عليه وإلى الذهب الذي يزيده إياها المكري معجلة، فلم يكن بذلك بأس، وإن كانت مؤجلة دخله فسخ الدين في الدين، لأن المكتري تحول من الركوب الذي له على المكري إلى الكراء الذي له[٧٦] عليه، وإلى الزيادة المؤجلة التي يزيده إياها، وهذا على مذهب ابن القاسم الذي يرى انحلال الذمم بخلاف انعقاد وعلى مذهب أشهب أيضاً[٧٧] الذي يرى انحلال الذمم بمنزلة انعقادها ويجيز التحول من الدين في كراء شيء بعينه، وأما على مذهب من يرى انحلال الذمم كانعقادها ولا يجيز التحول من الدين في كراء شيء بعينه، فلا تجوز الإقالة بحال، وإن لم يزد أحدهما صاحبه شيئاً، لأن كل واحد منهما يتحول بماله على صاحبه في شيء لا يتنجز قبضه.

---

(٧٤) المكتري: هـ، المكري: ح ٢.

(٧٥) وكانت الزيادة: هـ، وإن كانت الزيادة: ح ٢.

(٧٦) كلمة (له) ساقطة في ح ٢، ثابتة في هـ.

(٧٧) كلمة (أيضاً) ساقطة في هـ، ثابتة في ح ٢.

فصــل

وأما الوجه الثاني وهو أن يكون الكراء نقداً بشرط أو عرف، فإنه ينقسم على وجهين: (أحدهما) أن يكون لم ينقد[٧٨]، (والثاني) أن يكون قد نقد غاب[٧٨] على النقد أو لم يغب إن كان المكتري هو المستقيل بزيادة، وإن كان البائع هو المستقيل بزيادة قلت فيه: إنه ينقسم على وجهين: (أحدهما) أن يكون لم ينقد أو نقد ولم يغب على النقد. (والثاني) أن يكون قد نقد وغاب على النقد، وتتفرع هذه الأربعة الأقسام على أربعة وعشرين سؤالاً على التفسير التي قسمناه في الكراء المضمون وشرحنا وجوهه، فما كان منها لا يجوز بفسخ الكراء في زيادة مؤجلة يزيدها المكتري للمكري فلا يجوز أيضاً في الكراء المعين، كذلك ما كان منها لا يجوز بفسخ الركوب المضمون في زيادة مؤجلة يزيدها المكري[٨٠] للمكتري قبل النقد، وما كان منها لا يجوز لزيادة يزيدها المكري للمكتري معجلة أو مؤجلة بعد الغيبة على النقد، فيتخرج ذلك على قولين على ما أصلناه في أول الباب وأحكمنا القول فيه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

فصــل

وحكم الإقالة في كراء الدار كحكم الإقالة في كراء الراحلة المعينة في جميع الوجوه حاشا وجه واحد سأذكره إن شاء الله، فإذا اكترى الرجل الدار ثم استقال منها أو أقال بزيادة ما كانت وممن كانت، فعلى القول بأن كراء الدار كالسلم الثابت في الذمة المضمون، لاقتضاء المنافع شيئاً شيئاً يعتبر الفساد في ذلك باجتماع الصفقتين من طريق التهمة حماية للذرائع كبيوع الآجال، وفي الإقالة بمجردها، وعلى القول إن ذلك كالسلع المعينات لا يعتبر الفساد في ذلك إلا في الإقالة بمجردها أن تنعقد على ما لا يجوز من فسخ الدين في الدين، أو الصرف المتأخر أو ما أشبه ذلك مما لا يجوز في البيوع، وبيان هذه الجملة، أن الرجل إذا اكترى الدار

---

(٧٨) ينتقد: ح ٢، ينقد: هـ.

(٧٩) غاب: ح ٢، وغاب: هـ.

(٨٠) المكري: ح ٢، الكري: هـ.

ثم تقابل مع صاحبه على زيادة، فلا تخلو الزيادة أن تكون من المكتري أو من المكري، فإن كانت من المكتري فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يكون الكراء مؤجلاً، (والثاني) أن يكون الكراء بـنقد ولم ينقد. (والثالث) أن يكون بنقد وقد نقد غاب على النقد أو لم يغب ذلك سواء، وفي كل وجه من هذه الأوجه الثلاثة ست مسائل، إذ لا تخلو الزيادة أن تكون ذهباً أو ورقاً أو عروضاً معجلة، فهذه ثلاث مسائل أخر تتمة ست مسائل، فيتحصل في زيادة المكتري على هذا التفريع ثماني عشرة مسئلة، وفي زيادة الكـري مثلها أيضاً، لأن ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يكون الكراء مؤجلاً، (والثاني) أن يكون بنقد فلم ينقد أو نقد ولم يغب على النقد، (والثالث) أن يكون قد نقد وغاب على النقد، وفي كل وجه منها ست مسائل أيضاً على حسبما ذكرناه في زيادة المكتري فأما إن كانت الزيادة من المكـري[٨١] والكراء مؤجلاً بدنانير فلا يجوز أن يزيده دنانير نقداً، ولا إلى دون الأجل، لأنه ضـع وتعجل، ولا إلى أبعد من الأجل، لأنه بيع وسلف، ويجوز إلى أجل على المقاصة، ولا يجوز أن يزيده دراهم نقداً ولا إلى أجل، ويجوز أن يزيده عروضاً نقداً لا إلى أجل، وهذا كله على مذهب ابن القاسم الذي يرى انحلال الذمم بخلاف انعقادها، وأما على مذهب من يرى انحلالها كانعقادها ويقول بقول ابن القاسم إن كان له دين على رجل، لا يجوز أن يحوله في كراء دار، فلا تجوز له الإقالة على حال عنده لأن المكـري تحول من الكراء الواجب له على المكتري إلى كراء دار، فيدخله فسخ الدين في الدين ويجوز أن يزيده دنانير[٨٢]، وأما إن كانت الزيادة من المكتري أيضاً والكراء بنقد ولم ينقد، فلا يجوز أن يزيده شيئاً إلى أجل، لأنه يدخله فسخ الدين في الدين، ويجوز أن يزيده دنانير معجلة أو عروضاً معجلة على القول بأن انحلال الذمم بخلاف انعقادها، وإن زاده دراهم نقداً تخرج ذلك على ثلاثة أقوال، قد ذكرناها في استقالة المكتري في الكراء المضمون؛ وأما إن كانت الزيادة من المكتري أيضاً وقد نقد الكراء فإن زاده ذهباً لم يجز إلا أن تكون مقاصة من الكراء، وإن زاده دراهم تخرج ذلك أيضاً على

(٨١) المكري: هـ، المكتري: ح ٢.

(٨٢) جملة (ويجوز أن يزيده دنانير) ساقطة في ح ٢، ثابتة في هـ.

ثلاثة أقوال[٨٣]، وإن زاده عروضاً، جاز أن تكون معجلة ومؤجلة، لأن المكتري باع الركوب الذي وجب له بالذي دفع معجلاً أو مؤخراً بالكراء الذي يسترجعه وذلك[٨٤] جائز، وأما إن كانت الزيادة من المكري والكراء مؤجل، فإن كانت الزيادة معجلة جاز ذلك كانت دنانير أو دراهم أو عروضاً على القول بأن انحلال الذمم بخلاف انعقادها وإن كانت مؤجلة لم يجز على حال ويدخله فسخ الدين في الدين، وكذلك إن كان الكراء نقداً ولم ينقد أو نقد ولم يغب على النقد يجوز أن تكون الزيادة معجلة ما كانت على حال، ولا يجوز أن تكون مؤجلة وأما إن كانت الزيادة من المكتري بعد أن انتقد وغاب على النقد، فعلى القول بأن الكراء في الإقالة كالسلم الثابت في الذمة لا يجوز ذلك ما كانت الزيادة على حال، وإن كان قد مضي بعض المدة بخلاف كراء الدابة، إذا كان قد سار من المسافة[٨٥] ما تسقط التهمة به وعلى القول بأنه كالسلع المعينات يجوز إن كانت الزيادة معجلة، ولا يجوز إن كانت مؤجلة.

فصــل

وحكم الإقالة في كراء الأرض كحكم الإقالة في كراء الدار، إلا أن تكون غير مأمونة، فإن تقايلا فيها والزيادة من المكري في الموضع الذي تصح فيه الإقالة على أن الزيادة منه لم يجز أن ينقد الزيادة وتكون موقوفة عيناً كانت أو عرضاً إلا أن تكون الأرض مأمونة، لأن المكري يحصل في الإقالة مكترياً، فإن لم ترو الأرض انفسخ الكراء الأول ولم تصح الزيادة.

فصــل

فتنحصر مسائل الإقالة في الكراء إلى ستين مسألة تنتهي إليها لا تزيد عليها: أربعة وعشرون في الكراء المضمون، وست وثلاثون في الكراء المعين على ما بان بما قسمناه ولخصنا القول فيه وأحكمناه، وبالله التوفيق.

---

(٨٣) وإن: ت، فإن: هـ ـ وهي ساقطة في ح ٢.

(٨٤) كلمة (ذلك) ساقطة في ح ٢ هـ.

(٨٥) كلمة (المسافة): هـ، الطريق: ت ـ وهذه الصفحة كلها ساقطة في ح ٢.

كتاب كراء الدور

الكراء اشتراء المنافع، فهو بيع من البيوع يحله ما يحل البيوع ويحرمه ما يحرم البيوع، ولا يجوز فيه الغرر والمجهول[1] والكراء في الدور والرباع جائز عند جميع العلماء بجميع الأثمان المعلومة وهو يكون على وجهين، أحدهما أن يعقده المتكاريان لمدة معينة معلومة، والثاني أن يسميا الكراء ويتفقا عليه ولا يتواجبان على مدة معينة معلومة[2].

فصل[3]

فأما الوجه الأول وهو أن يعقد الكراء لمدة معينة معلومة[4]، فإن ذلك جائز بالنقد وإلى أجل قبض الدار أو لم يقبضها إلى سنة، قال ابن حبيب أو سنتين كالبيع، لأن الدور مأمونة، فإن بعد الأجل فوق ذلك، لم يكن بالكراء بأس دون نقد.

فصل

فإذا[5] عقد الكراء لمدة[6] معينة معلومة لزمهما جميعاً ولم يكن للمكتري أن

---

(١) والمجهول: ح ٢ هـ، ولا المجهول: ت.
(٢) معينة معلومة: ح ٢ هـ، معلومة معينة: ت.
(٣) كلمة (فصل) ساقطة في ت ثابتة في ح ٢ هـ.
(٤) معينة معلومة: ح ٢ هـ، معلومة معينة: ت.
(٥) فإذا: ح ٢ هـ، وإذا: ت.
(٦) لمدة: ح ٢ هـ، لسنة: ت.

يخرج، ولا لصاحب الدار أن يخرجه قبل تمام المدة، إلا أن يشترط المكتري أن يخرج متى شاء فيجوز ذلك[7] ما لم ينقد بشرط ولا طواعية، لأنه كراء الخيار فلا يجوز فيه النقد بشرط ولا طواعية.

فصـــل

وهذه المدة تتعين بأربعة ألفاظ، (أحدها) أن يقول أكري منك هذه الدار أو هذا الحانوت شهر كذا أو سنة كذا، (والثاني) أن يقول أكري منك ذلك هذا الشهر أو هذه السنة، فإن قال هذا الشهر وكان ذلك أول الهلال، لزمهما[8] الكراء في ذلك الشهر على الهلال كـل تسعة وعشرين يوماً أو ثلاثين يوماً، وإن كان ذلك في بعض الشهر لزمهما[8] الكراء في ثلاثين يوماً من يوم عقداه[9] بقران بقية أيام هذاالشهر ثم يكملان عليهما[10] تمام ثلاثين يوماً من الشهر الذي يليه، وكذلك إن قال هذه السنة وهما في أول الشهر لزمهما الكراء في اثني عشر شهراً متصلة على الأهلة كان ذلك في أول شهر المحرم أو غيره من الشهور، ولا يقع الكراء على ما بقي من السنة، إذا قال أكري منك هذه السنة كل[11] شهر بكذا وكذا وقد مضى بعضها إلا ببيان، يبين ذلك رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الصيام فيمن قال لله عليَّ صيام هذه السنة لسنة ست وثمانين، وقد مضى بعضها، أن عليه صيام اثني عشر شهراً، وروايته عنه في كتاب الأيمان بالطلاق فيمن قال امرأته طالق ثلاثاً، إن فعلت كذا وكذا هذه السنة، أنه إن كان قد نوى ما بقي من السنة فله نيته، وإن لم ينو شيئاً فليستقبل اثني عشر شهراً من يوم حلف. وإن كان ذلك في بعض شهر، عد بقية أيام هذا الشهر ثم إحدى عشر شهراً على الأهلة، ثم أكمل على ما كان بقي من الشهر تمام ثلاثين يوماً، هذا قولهم في الكراء والأيمان والعدد التي تكون

---

(٧) فيجوز ذلك: ح ٢ هـ، فجائز ذلك: ت.
(٨ ـ ٨) لزمهما: ح ٢ هـ، لزمه: ت.
(٩) عقداه: ح ٢ هـ، أكراه: ت.
(١٠) عليهما: ح ٢ هـ، عليها: ت.
(١١) كل: ح ٢ هـ، على: ت.

بالشهور والأيام، واستحب ابن القاسم في العدد والأيمان، إن كان قد مضى بعض يوم أن يلغي ذلك اليوم، واختلف فيه قول مالك رضي الله عنه فكان قوله أولاً أن تعتد المرأة من الساعة التي توفي فيها زوجها، إلى مثلها فتنقضي[١٢] عدتها، ثم قال بعد ذلك بإلغاء بقية ذلك اليوم، واختلاف قوله داخل في الكراء أيضاً، فعلى قوله[١٣] الأول يلزم المتكاريين الكراء من الساعة التي عقدا فيها الكراء إلى مثلها من الشهر أو من السنة، وعلى قوله الذي رجع إليه لا يلزم المتكاريين الكراء إذا عقداه وقد مضى من النهار بعضه إلا بغروب الشمس، لأن الليلة أول اليوم وهي مقدمة على النهار، (والثالث) أن يقول أكري منك هذه الدار شهراً أو سنة، فإن السنة أو الشهر[١٤] متعينان من يوم عقد الكراء بمنزلة قوله هذا الشهر أو هذه السنة، سواء على التفسير الذي قدمناه في ذلك مما يعد بالأيام أو يكون على الأهلة، إلا في وجه واحد، فإنه فرق في كتاب ابن المواز فيه بينهما فقال إنه إذا قال أكريك شهراً بكذا فسكن شهراً ودخل في ثان فخرج قبل تمامه، فعليه بحساب ما أكرى ولو كان بعينه، لكان عليه في الثاني كراء المثل، وقيل إن كان أقل لم ينقض، وإن كان كراء المثل أكثر، حلف وأخذه على اختلاف في اليمين، لأنها يمين تهمة. (والرابع) أن يقول أكتري[١٥] منك إلى وقت كذا وكذا.

فصل

فإذا انعقد الكراء لمدة معينة بأحد هذه الألفاظ، لزمهما جميعاً ولم يكن لأحدهما الخروج إلا أن يشترطه على صاحبه ولا ينقد[١٦] فيجوز على ما قدمناه.

فصل

فأما الوجه الثاني وهو أن يتفقا على الكراء ويسمياه دون أن يتواجبا على مدة

---

(١٢) فتنقضي: هـ، فتمضي: ت.
(١٣) قوله الأول: ح ٢ هـ، القول الأول: ت.
(١٤) الشهر أو السنة: ح ٢ هـ، في السنة أو الشهر: ت.
(١٥) أكري منك: ت ح ٢، أكريت منك: هـ.
(١٦) ينقد: ح ٢ هـ، يعقد: ت.

يعينانها، فذلك[17] مثل أن يقول أكري منك الشهر بكذا أو السنة بكذا أو في كل شهر بكذا أو في كل سنة بكذا أو كل شهر بكذا، أو كل سنة بكذا، أو في الشهر بكذا أو في السنة بكذا، فإنه إذا وقع الكراء على هذا كان للمكتري أن يخرج متى شاء وللمكري أن يخرجه متى شاء، كان ذلك في أول الشهر أو آخره أو وسطه، ويؤدي من الكراء بحسبما سكن ولا[18] يلزم واحداً منهما الكراء في الشهر الأول ولا فيما بعده إلا أن يقع فيها بينهما شرط أن لا يخرج أو لا يخرجه أو يعجل الكراء، فهو كالاشتراط قاله ابن حبيب، وهو مذهب ابن القاسم، وذهب ابن الماجشون إلى أنه يلزمه الكراء في الشهر الأول إذا قال الشهر بكذا أو في كل شهر بكذا، وكذلك على مذهبه للسنة الأولى إذا قال السنة بكذا أو في كل سنة بكذا، وروى ابن أبي أويس عن مالك في البيوت التي تكرى شهراً بشهر فيخرج قبل ذلك أن كراء ذلك الشهر عليه وإنما يكون عليه بحساب ما سكن إذا تكارى كل يوم بدرهم.

فصـــل

ففي كراء الدور مشاهرة على هذا ثلاثة أقوال، أحدها قول ابن القاسم إنه لا يلزمه الشهر الأول ولا ما بعده وله أن يخرج متى شاء ويلزمه من الكراء بحساب ما سكن، والثاني قول ابن الماجشون إنه يلزمه الشهر الأول ولا يلزمه ما بعده، والثالث رواية ابن أبي أويس عن مالك أنه يلزم كراء الشهر بسكنى بعضه كان أول الشهر أو لم يكن، وكذلك الثلاثة الأقوال داخلة في كراء الدور مساناة مثل أن يقول السنة بكذا، أو في كل سنة بكذا أو ما أشبه ذلك لا يلزمهما الكراء في أول سنة ولا فيما بعدها على مذهب ابن القاسم ويلزمهما الكراء في أول سنة على مذهب ابن الماجشون لا فيما بعدها ويلزمهما الكراء في كل سنة بسكنى بعضها على رواية ابن أبي أويس عن مالك رحمه الله تعالى فتدبر ذلك.

---

(١٧) فذلك: ح ٢ هـ، وذلك: ت.

(١٨) ولا: ح ٢ هـ، فلا: ت.

فصـــل

ويجوز الكراء في الدور السنين ذوات العدد، والحد في ذلك ما لا تتغير الدار إلى مثله، وذلك يختلف باختلاف إتقان بنيانها، فإن اكتراها من المدة إلى ما لا يؤمن تغير الدار فيها، جاز العقد ولم يجز النقد ولا ينفسخ الكراء المنعقد لمدة معينة بفوت أحد المتكاريين، وقد اختلف هل يحل[19] الكراء المؤجل على المكتري بموته إذا مات قبل استيفاء السكنى أو لا على قولين للمتأخرين جاريين على أصل مختلف فيه بين المتقدمين من أصحاب مالك رحمهم الله تعالى وإنما ينتقض الكراء بين المتكاريين باستحقاق الدار أو استحقاق منافعها المكتراة، أو انهدام جميع بنيانها، فإن انهدم بعض بنيانها، ففي ذلك تفصيل وتقسيم وهو أن الهدم في الدار المكتراة ينقسم على قسمين، أحدهما أن يكون يسيراً، والثاني أن يكون كثيراً فأما إن كان يسيراً فإنه على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون لا مضرة[20] فيه على الساكن ولا ينقص من قيمة كراء الدار شيئاً كالشرفات ونحوها، فهذا لا خلاف فيه أن الكراء للمكتري لازم ولا يحط عنه منه شيء (والثاني) أن يكون لا مضرة[20] فيه على الساكن إلا أنه ينقص من قيمة كراء الدار، فهذا يلزمه السكنى ويحط عنه ما حط ذلك من قيمة الكراء إن لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه إصلاحه، فإن سكت وسكن لم يكن له[21] شيء. (والثالث) أن يكون فيه[22] مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئاً يلزمه الإصلاح كالعطل وشبهه، فهذا اختلف فيه على قولين، (أحدهما) قول ابن القاسم إن رب الدار لا يلزمه الإصلاح[23] إلا أن يشاء، فإن أبى كان المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن سكت وسكن[24] لزمه جميع الكراء. (والثاني) قول غيره إن رب الدار يلزمه الإصلاح، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء، وأما إن كان الهدم

(١٩) يحل: ح ٢ هـ، يجوز: ت.
(٢٠ ـ ٢٠) تكون لا مضرة فيه: ح ٢ هـ. تكون مضرة فيه: ت.
(٢١) له شيء: ح ٢ هـ، له على به شيء: ت.
(٢٢) فيه مضرة: ح ٢ هـ، له فيه مضرة: ت.
(٢٣) الإصلاح: ح ٢ هـ، إصلاح: ت.
(٢٤) وسكن: ح ٢ ت، ولم يسكن: هـ.

كثيراً فلا يلزم رب الدار الإصلاح بإجماع وهو[٢٥] أيضاً[٢٦] على ثلاثة أوجه، (أحدها) أن يعيب السكنى وينقص من قيمة الكراء ولا يبطل شيئاً من المنافع مثل أن تكون الدار مبلطة مجصصة فيذهب بتبليطها وتجصيصها، فهذا يكون المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء[٢٧] أو يخرج إلا أن يصلح ذلك رب الدار، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في المدونة خلاف مذهبه في رواية عيسى عنه، وقد قيل إن الحكم في هذا الوجه كالبيت ينهدم من الدار ذات البيوت وهو بعيد. (والثاني) أن يبطل اليسير من منافع الدار كالبيت ينهدم منها شيء[٢٨] وهي ذات بيوت فهذا يلزمه السكنى ويحط عنه ما ناب البيت المنهدم من الكراء. (الثالث) أن يبطل أكثر منافع الدار أو منفعة البيت الذي هو وجهها أو يكشفها بانهدام حائطها وما أشبه ذلك، فهذا يكون المكتري فيه مخيراً بين أن يسكن بجميع الكراء، أو يخرج، فإن[٢٩] أراد أن يسكن على أن يحط عنه ما ينوب ما انهدم من الكراء، لم يكن ذلك له إلا أن يرضى بذلك رب الدار، فإن رضي بذلك جرى جوازه على الاختلاف في جواز جمع الرجلين سعلتيهما في البيع، فإن بنى المكري الدار قبل أن يخرج المكتري منها لزمه الكراء ولم يكن له أن يخرج وإن بناها بعد أن خرج، لم يكن عليه الرجوع إليها إلا أن يشاء وإن سكت وسكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في المدونة خلاف رواية عيسى عنه في العتبية.

فصل

ويجوز أن يكري الرجل داره من مسلم ونصراني إلا أنه إذا أكراها من نصراني فلا يخلو من ثلاثة أوجه، (أحدهما) أن يكريها منه على أن يسكنها أو يبيع فيها ما يشاء من الأشربة الحلال. (والثاني) أن يكريها منه على أن يبيع فيها خمراً أو

---

(٢٥) وهو: ت ح ٢، وهذا: هـ.

(٢٦) كلمة (أيضاً) ساقطة في ت.

(٢٧) الكراء: ت ح ٢، الدار: هـ.

(٢٨) كلمة (شيء) ساقطة في ت.

(٢٩) فإن: ح ٢ هـ، وإن: ت.

ما لا يجوز من الحرام. (والثالث) أن يكريها منه كراء مبهماً، فأما إذا أكراها منه على أن يسكنها أو يبيع فيها ما يشاء من الأشربة الحلال، فالكراء جائز، فإن صرفها المكتري إلى بيع الخمر وما أشبه ذلك من الحرام[٣٠]، فلم يمنعه من ذلك، تصدق بجميع الكراء قاله ابن حبيب، قال بعض المتأخرين وهذا إن كان أكراه ليسكن، لأن السكنى في الدار خلاف بيع الخمر فيها، فإذا لم يمنعه، فكأنه فسخ الأول في الثاني ولو كان أكراه ليبيع فيها الأشربة الحلال، فباع فيها الخمر والحرام فلم يمنعه من ذلك لما وجب عليه أن يتصدق إلا بما زادت قيمة كرائها على أن يباع فيها الخمر على الكراء الذي كان أكراها به؛ وهذه تفرقة لا وجه لها، كأنه أيضاً قد فسخ الأول في الثاني، وإن كان يشبهه في أنه بيع شراب، فالصواب أنه إذا علم فلم يمنعه تصدق بجميع الكراء[٣١] وإذا لم يعلم تصدق بما بين الكراءين من غير تفصيل بين أن يكون أكرى منه للسكنى أو لبيع الأشربة الحلال، ولا اختلاف إذا لم يعلم ببيعه فيها الخمر، في أنه لا يجب عليه أن يتصدق إلا بما زادت قيمة كرائها على أن يباع فيها الخمر على الكراء الذي أكراها به، كان أكراها لبيع الأشربة الحلال أو للسكنى، وأما إن كان أكراها منه على أن يبيع فيها خمراً، وما أشبه ذلك، فالكراء فاسد يفسخ إن عثر عليه قبل السكنى، فإن[٣٢] لم يعثر عليه حتى فات بانقضاء أمد الكراء تصدق بجميع الكراء على المساكين كان أقل من القيمة أو أكثر، قيل لأنه لا يحل للمكري كثمن الخمر، وقيل أدباً له لا من أجل أنه حرام كعين الخمر، وظاهر ما في سماع سحنون من كتاب السلطان أن الثمن يترك له ولا يتصدق به، لأنه قال فيه فإن فات مضى، إلا أن يريد بقوله يمضي إذا فات أنه لا يرد إلى القيمة بعد الفوات، وذلك محتمل وإن لم يبع المكتري فيه خمراً وصرفه للسكنى أو لسائر الأشياء المباحة في الكراء، فقال ابن حبيب يسوغ الكراء للمكري إلا أن يكون يزيد في كرائها لبيع الخمر على كرائها لغير الخمر، فيتصدق بالزيادة،

---

(٣٠) من الحرام: ح ٢ هـ، من الأشربة الحرام ـ بزيادة (الأشربة): ت.

(٣١) الكراء: ت ح ٢، الثمن: هـ.

(٣٢) فإن: ح ٢ هـ، وإن: ت.

والقياس أن يكون فيه القيمة على ما صرفها إليه بالغة ما بلغت سائغة للمكري، لأن العقد كان فاسداً، فيصحح بالقيمة إذا فات بصرفها إلى وجه مباح، وأما إذا كان أكراهاً منه كراء مبهماً، فقال ابن حبيب ذلك جائز، وإن علم أنه يبيع فيها خمراً، وله أن يمنعه من ذلك، وقال ابن القاسم في المدونة الكراء فاسد إن علم أنه يبيع فيها خمراً، وقد تقدم الحكم فيه[٣٣] واتفقا في العنب أنه لا يجوز أن يبيعها ممن يعلم أنه يعصرها خمراً، والفرق بينهما عند ابن حبيب أن العنب يغيب المبتاع عليه فلا يقدر البائع على منعه من عصره بخلاف بيع الخمر في داره، واختلف إذا وقع فقيل يفسخ فيه البيع وقيل يباع على المبتاع والله أعلم.

فصل

واختلف في كراء بيوت مكة فكان سفيان الثوري لا يرى أن تكرى ولا يرى على من سكنها بأساً أن يمسك الكراء وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله وأكثر أصحابه، لأنهم ذهبوا إلى أن مكة فتحت عنوة، وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أنها مؤمنة والأمان كالصلح، فرأى أهلها مالكين لرباعهم، وأجاز بيعها وكراءها، ولا خلاف عند مالك وأصحابه في أنه افتتحت عنوة، فقيل إنه[٣٤] عليه السلام من على أهلها[٣٥] بها. فلم تقسم ولا سبى أهلها لما عظم الله من حرمتها، وقيل إنها أقرت للمسلمين، وعلى هذا يأتي اختلافهم في جواز كرائها فالظاهر من مذهب ابن القاسم في المدونة إجازة ذلك، والظاهر من قول مالك في سماع ابن القاسم من كتاب الحج المنع في ذلك، وحكى الداودي عنه أنه كره كراءها في أيام الموسم، وقال اللخمي اختلف قوله في كراء دور مكة وبيعها فمنع من ذلك مرة، وحكى أبو جعفر[٣٦] الأبهري عنه أنه كره بيعها وكراءها، فإن بيعت أو أكريت[٣٧] لم يفسخ

---

(٣٣) فيه: ت ح ٢، فيها: هـ.

(٣٤) إنه: ح ٢ هـ، أنها: ت.

(٣٥) أهلها: ت ح ٢، أصحابها: هـ.

(٣٦) كلمة (أبو جعفر) ساقطة في ت.

(٣٧) أكريت: ت ح، اكتريت: هـ.

ذلك؛ فيتحصل عنه في ذلك أربع روايات: الجواز والمنع والكراهة[٣٨] وكراهة كرائها في أيام الموسم خاصة، وقد روي عن عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال لا يحل بيع بيوت مكة ولا إجارتها، وروى ابن عباس عنه ﷺ أنه قال مكة كلها مباح لا تباع رباعها ولا تؤجر بيوتها. وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

---

(٣٨) والكراهة: ت ح ٢، والكراهية: هـ.



كتاب كراء الأرضين

قال الله عزّ وجلّ: ﴿ أَفَرَأَيْتُم مَا تَحْرُثُونَ أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ لَوْ نَشَاءُ لَجَعَلْنَاهُ حُطاماً فَظَلْتُمْ تَفَكَّهُونَ إِنَّا لَمُغْرَمُونَ بَلْ نَحْنُ مَحْرُومُونَ ﴾[1]. وقال تعالى: ﴿ أَوَ لَمْ يَرَوا أَنَّا نَسُوقُ الْمَاءَ إِلَى الأَرْضِ الْجُرُز فَنُخْرِجُ بِهِ زَرْعاً تَأْكُلُ مِنْهُ أَنْعَامُهُم وَأَنْفُسُهُم أَفَلا يُبْصِرُونَ ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿ وَتَرَى الأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ ﴾[3]، وقال تبارك وتعالى: ﴿ كَمَاءٍ أَنْزَلْنَاهُ مِنَ السَّمَاءِ فَاخْتَلَطَ بِهِ نَبَاتُ الأَرْضِ مِمَّا يَأْكُلُ النَّاسُ والأَنْعَامُ ﴾[4]، وقال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنَّكَ تَرَى الأَرْضَ خَاشِعَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ، إِنَّ الذِي أَحْيَاهَا لَمُحْيِي الْمَوْتَى إِنَّـهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾[5]، ومثلُ هذا في القرآن كثير[6].

فصـــل

فلما كان النبات الذي يخرج من الأرض وينبت فيها ليس بمقدرة آدمي، ولا

---

(١) الآيات: ٦٣ ـ ٦٧ سورة الواقعة.

(٢) الآية: ٢٧ ـ سورة السجدة.

(٣) الآية: ٥ ـ سورة الحج.

(٤) الآية: ٢٤ ـ سورة يونس.

(٥) الآية: ٣٩ ـ سورة فصلت ـ وقد وردت هذه الآيات كاملة في ح ١ هـ واقتصرت نسخة ت على أول الآيات.

(٦) في القرآن كثير: ح ٢ هـ، كثير في القرآن: ت.

لزارعه فيه عمل ولا كسب، وإنما الله تبارك وتعالى هو الذي يخرجه من الأرض وينبته فيها، وينقله بقدرته من حال إلى حال حتى يصير إلى حد الانتفاع به رحمةً منه تعالى بعباده؛ لم يجز لذلك كراء الأرض بشيء مما يخرج منها وإن لم يؤكل، ولا بشيء من الطعام وإن لم يخرج منها؛ لأنه إن كان الذي أكري به طعاماً، فإنما أعطى المكتري صاحب الأرض طعاماً على أن يأخذ[7] ما ينبته الله تعالى في أرضه من الطعام بعلاجه وعمله، فيدخله الطعام بالطعام إلى أجل مع التفاضل فيما لا يصح فيه التفاضل؛ وبيع الغرر والمزابنة، وهي المحاقلة[8] التي نهى عنها النبي عليه السلام؛ وإن لم يكن طعاماً وكان مثل الكتان والقطن وما أشبه ذلك، دخلته المزابنة[9]، وكان ذلك من المخابرة[10] التي نهى عنها النبي عليه السلام؛ لأنها مأخوذة من الخَبْر وهو حرث الأرض، فالمخابرة كراء الأرض ببعض ما يخرج منها. وجاز بما سوى ذلك من الدنانير والدراهم والعروض والحيوان المعينة والموصوفة. هذا هو قول مالك ـ رحمه الله ـ وأكثر أصحابه.

فصل

وقد اختلف أهلُ العلم في كراء الأرض اختلافاً كثيراً لتعارض ظواهر الآثار الواردة عن النبي ـ عليه السلام ـ في ذلك. من ذلك نهيُه ـ ﷺ ـ عن كراء المزارع، رُوي ذلك عنه من رواية رافع بن خَدِيج بألفاظ مختلفة، وروي عنه من رواية جابر بن عبد الله[11] أنه قال: خَطَبَنا رسولُ اللهِ ﷺ فقال: «مَنْ كَانَتْ[12] لَهُ

---

(7) يأخذ ما: ح ٢ هـ، يأخذ به ما ـ بزيادة (ما): ت.

(8) المحاقلة لها معان، منها: اكتراء الأرض بالحنطة، والمزارعة على نصيب معلوم كالثلث والربع، وبيع الطعام في سنبله بالبر، وبيع الزرع قبل إدراكه.
النهاية (حقل).

(9) والمزابنة من الزين: الدفع، وهي بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر، فكأن كل واحد من المتبايعين يزبن صاحبه ويدفعه عن حقه بما يزداد منه، وإنما نهى عنها لما يقع فيها من الغبن والجهالة.
النهاية (زبن).

(10) المخابرة من الخبر: حرث الأرض ـ وهي المزارعة على نصيب معين، وقيل إن أصلها من خيبر، لأن النبي ـ ﷺ ـ أقرها في أيدي أهلها على النصف من محصولها، فقيل: خابرهم، أي عاملهم في خيبر. (النهاية، خبر).

(11) جملة (بن عبد الله) ساقطة في ت.

(12) كانت: ح هـ، كان: ت.

أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا وَلا يُؤَاجِرْهَا»[١٣]. ولم يُختلف عن جابر في هذا، واختُلف فيه عن رافع بن خَديج اختلافاً كثيراً: فرُوي عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: **«مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيزرعها أَخَاهُ أَوْ لِيَدَعْهَا»**[١٤]، كنحو حديث جابر؛ ورُوي عنه عن النبي ـ عليه السلام ـ أنه قال: **«مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ وَلا يُكْرِها بِثُلُثٍ وَلَا رُبُعٍ وَلَا طَعَامٍ»**[١٥]. فدليل هذا إجازة كرائها بما عدا الطعام من الأثمان المعلومة؛ ورُوي عنه، عن النبي ـ عليه السلام ـ أنه قال: **«إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلَاثَةٌ: رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَهُوَ يَزْرَعُهَا، أَوْ**[١٦] **رَجُلٌ مُنِحَ أَرْضاً فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مُنِحَ، أو**[١٦] **رَجُلٌ استَكْرَى**[١٧] **بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ**[١٨]**»**. فظاهر هذا أن كِراءها لا يجوز إلا بالذهب والفضة. ومن ذلك نهيُه ـ ﷺ ـ عن المحاقلة والمخابرة وهي كراء الأرض بالطعام وبما يخرج منها ومن ذلك نهيُه ـ ﷺ ـ عن المزارعة[١٩]، وهي كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها، وإعطاؤه يهود خيبر الأرض والنخل على أن يعملوها ويزرعوها على شطر ما يخرج منها، مُعارِض في الظاهر لنهيه عن المزارعة، فقالت طائفة منهم لا يجوز كراء الأرض أصلاً بذهب ولا فضة ولا بشيء من الأشياء، لأنهم حملوا ما رُوي عن النبي ـ عليه السلام ـ من النهي عن كراء المزارع على العموم واطرحوا ما خالف ظاهره من الآثار، وهو مذهب طاوس، وإليه ذهب ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ بآخرة رُوي عنه أنه كان يكري أرضه حتى بلغه أن رافع بن خديج كان يحدِّث أن رسول الله ـ ﷺ ـ نهى عن كراء المزارع فترك كراءها، وهذا[٢٠] يبعد في النظر لأن الخاص يقضي

---

(١٣) أخرجه ابن ماجه بهذا اللفظ في كتاب الرهون ٢/٨٧.

(١٤) أخرجه النسائي، انظر السنن ج ٦/٣٥ ـ ٣٦.

(١٥) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه. انظر عون المعبود ٣/٢٧٠.

(١٦ ـ ١٦) أو رجل: ح ٢، ورجل: ت هـ، والرواية جاءت باللفظين.

(١٧) ثبت في سائر النسخ (أكري)، والرواية (استكرى).

(١٨) أخرجه الثلاثة: أبو داود والنسائي وابن ماجه.
انظر عون المعبود ٣/٢٧٠.

(١٩) جملة (عن المزارعة) ساقطة في هـ ـ ووضع الناسخ مكانها كلمتي المحاملة والمخابرة.

(٢٠) وهذا: ح ٢ هـ، لأن هذا: ت:

على العـام. فما رُوي عن النبي - ﷺ - من كراء الأرض بالدنانير والدراهم يخصِّص عمومَ نهيه عن كراء المزارع؛ وقال آخرون[٢١]: لا يجوز كراء الأرض إلاَّ بالدنانير والدراهم خاصة، واحتجوا بما رُوي عن النبي - عليه السلام - من رواية رافع بن خديج أنه قال: «إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلاَثَةٌ رَجلٌ له أرضٌ فهُوَ يَزْرَعُهَا ورجُلٌ مُنِحَ أَرْضاً فهُوَ يَزْرَعُ مَا مُنِحَ ورَجُـلٌ استكرى[٢٢] بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ»، وقالوا: لا يجوز أن يتعدى هذا الحديث لِما فيه من البيان، وليس كما قالوا، لأن البيان في الحديث إنما هو في إجازة[٢٣] كراء الأرض بالذهب والفضة، وأما في المنع من كرائها بكل[٢٤] ما عدا ذلك فلا، لأن لفظة إنما لا تَرِدُ إلاَّ على سبب، فهي[٢٥] تنفي الحكم عن السبب الذي وردت من أجله وتحققه في المنصوص عليه، ولا تدل على نفيه عما سواه. والدليل على ذلك قول رسول الله - ﷺ -: «إِنَّما الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[٢٦]، فنفى - ﷺ - بقوله هذا أن يكون الولاء لمن باع، واشترط الولاء على المشتري المعتق، لأن ذلك كان سببه وحقق به أن الولاء للمعتق؛ ولم يكن في قوله بيانٌ أنَّ غير المعتق لَا وَلَاءَ لَهُ ألا ترى أن الولاء يكون لولد المعتق وعَصبته وإن كانوا غير معتقين[٢٧]. ومثل ذلك أيضاً قولهم: إنما النبيّ محمد، وإنما الكريم يوسف، وإنما الشجاع عمرو، فلا ينفي ذلك النبوةَ عن غير النبي - عليه السلام -، ولا الكرمَ عن غير يوسف، ولا الشجاعةَ عن غير عمرو؛ وإنما تحقق[٢٨] ذلك لهم وتنفيه[٢٩] عمن كان سبباً لوروده، فكذلك مسألتنا. وقال آخرون: يجوز كراء الأرض بكل شيء إذا كان معلوماً عدا الطعام، وحجتهم ما روى رافع بن خديج عن

---

(٢١) آخرون: ح ٢ هـ، الآخرون: ت.
(٢٢) أكرى: ت ح ٢، اكترى هـ - والرواية: (استكرى).
(٢٣) في إجازة: ح ٢ هـ، لإجازة: ت.
(٢٤) بكل ما: ح ٢ هـ، بكل شيء ما: ت.
(٢٥) فهي تنفي: ح ٢ هـ، فيها ينفي: ت.
(٢٦) حديث متفق عليه.
(٢٧) معتقين: ح ٢ هـ، معنيين: ت.
(٢٨) تحقق: ح ٢ هـ، يتحقق: ت.
(٢٩) وتنفيه: ح ٢ هـ، ونفيه: ت.

النبي ـ ﷺ ـ أنه قال: «**مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أو لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ وَلَا يُكْرِهَا بِثُلُثٍ ولا رُبُعٍ ولا طَعَامٍ**». وهذا أيضاً لا يصح في النظر، لأنهم أجازوا كراء الأرض بما يخرج منها من غير الطعام، وقد ثبت أن رسول الله ـ ﷺ ـ: **نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ**[٣٠] وهي كراء الأرض بما يخرج منها، لأنه يدخله ما نهى عنه ـ ﷺ ـ من المزابنة والغرر، لأنه إذا أكرى الأرض بكتان أو قطن فقد أعطى الكتان أو[٣١] القطن فيما تُخرج له الأرض من ذلك، وذلك الغرر والمزابنة التي لا تجوز. وقال آخرون: يجوز كراء الأرض بالدنانير والدراهم والعروض والطعام وكل شيء إذا كان معلوماً، وإنما لا يجوز الجزء مما يخرج منها، لأنه غرر، فهي المزارعة التي نهى عنها النبي ـ عليه السلام ـ، وهذا هو[٣٢] مذهب الشافعي، وهو ظاهر قول مالك في كتاب المساقاة من الموطأ، لأنه قال فيه: ولا ينبغي أن يساقي الأرض البيضاء وذلك أنه يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان المعلومة[٣٣]، إلاَّ أن ذلك ليس بمعلوم[٣٤] من مذهبه، وحجةُ مَن ذهب إلى هذا ما رُوي عن رافع بن خديج أنه سئل عن كراء الأرض بالذهب والْوَرِقِ فقال: لا بأس بذلك، إنما كان الناس على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ يُكرون الأرض بما على الْمَاذِيَانَاتِ وأَقْبال[٣٥] الجداول فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، فلذلك زجر عنه النبي ـ ﷺ ـ، قال: فأما شيء مضمون معلوم فلا[٣٦]. وقد رُوي مثل هذا القول عن الليث بن سعد، وهو غير صحيح أيضاً لنهي النبي ـ عليه السلام ـ عن المحاقلة والمخابرة: وهو استكراء الأرض بالحنطة وبما يخرج منها كان طعاماً أو لم يكن. وقال آخرون: يجوز كراء الأرض بالدنانير والدراهم والعروض والطعام والجزء مما يخرج منها، وحجتهم في إجازة كراء الأرض بالجزء

---

(٣٠) حديث متفق عليه، انظر فيض القدير ٦/٣٢٢.

(٣١) أو القطن: ح ٢ هـ، والقطن: ت.

(٣٢) كلمة (هو) ساقطة في ت.

(٣٣) انظر الموطأ ص ٤٩٧ ـ طبع دار النفائس.

(٣٤) بمعلوم: ح ٢ هـ، معلوما: ت.

(٣٥) مفرد ماذيان ـ وهو النهر الكبير، وأقبال جمع قبل رؤوس الجداول، انظر النهاية وعون المعبود.

(٣٦) رواه الجماعة إلا الترمذي، انظر عون المعبود ٣/٢٦٨.

مما يخرج منها، إعطاءُ رسول الله ـ ﷺ ـ يهودَ خيبر الأرض والنخل على شطر ما يخرج من ذلك، وتأَوَّلوا في المحاقلة أنها اشتراء الزرع بالحنطة وذلك لا يصح، لأن النص عن النبي ـ ﷺ ـ قد ورد من رواية رافع بن خديج في النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع والطعام، وحديث المساقاة يمكن تأويلُه على ما تأوَّله عليه مالك ـ رحمه الله ـ من أن الأرض كانت يسيرة بين أضعاف السواد. وقال آخرون: يجوز كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها، ولا يجوز بشيء مضمون مما يخرج منها، وهو مذهب الليث بن سعد. وحجة هؤلاء حديث ابن عمر في إعطاء رسول الله ـ ﷺ ـ يهود خيبر النخل والأرض على أن يعملوها ويزرعوها بشطر ما يخرج منها، وقالوا: إنه حديث صحيح أصح من أحاديث[٣٧] رافع بن خديج، لأنها مضطربة المتون؛ وقال ابن نافع من أصحاب مالك: لا تُكرى الأرض بقمح ولا شعير ولا سلت، وتكرى بما سوى ذلك على أن يزرع فيها خلاف ما تُستكرى به. وقال ابن كنانة: يجوز أن تُكرى الأرض بكل شيء إذا زرع فيها لم ينبت، واختاره عيسى بن دينار، وذلك كله معترض؛ فالقول في هذه المسألة ما قدمناه عن مالك وجمهور أصحابه أن كراء الأرض لا يجوز بشيء مما يخرج منها وينبت فيها ـ كان طعاماً أو لم يكن، لنهي رسول الله ـ ﷺ ـ عن المخابرة، وهي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها مما يزرع فيها، ولا بشيء من الطعام وإن لم يخرج منها؛ لنهيه ـ ﷺ ـ عن المحاقلة، وهي استكراء الأرض بالحنطة، وكذلك جميع الطعام لأنه في معنى الحنطة، وقد رُوي ذلك عن النبي ـ عليه السلام ـ نصاً من رواية رافع ابن خديج أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ ولا يُكْرِهَا بِثُلُثٍ وَلَا رُبُعٍ وَلا طَعَامٍ**». ويجوز مما[٣٨] عدا هذين الوجهين من الدنانير والدراهم والعروض المعينة المعلومة والثابتة في الذمة الموصوفة، لأن ما رُوي عن النبي ـ ﷺ ـ من النهي عن كراء المزارع ليس على عمومه، لأنه خرج على سبب النهي[٣٩]، فهو مقصور على سببه، وذلك أن الناس كانوا على عهد

(٣٧) حديث: ح ٢ هـ، أحاديث: ت.
(٣٨) مما: ح ٢ هـ، ما: ت.
(٣٩) كلمة (النهي) ساقطة في ت.

رسول الله - ﷺ - يكرون المزارع بالثلث والربع وبما على الْمَاذِيَانَات وأقبال الجداول، فخرج نهيه - ﷺ - عن كراء المزارع على ذلك فقصر عليه، وقيل في سبب النهي غير ذلك: رُوي عن زيد بن ثابت أنه قال: يغفرُ الله لرافع بن خديج أَنَا واللهِ أَعْلَمُ بالحديث منه، إِنَّمَا أَتَى رَسُولَ اللهِ - ﷺ - رجلان مِنَ الأَنصارِ قد اقْتَتَلا، فقال رسولُ الله - ﷺ -: «إِنْ كَانَ هَذَا شَأْنَكُمْ فَلَا تُكْرُوا الْمَزَارِعَ». فسمع رافع قوله لا تكروا المزارع فحدّث به[٤٠].

فصـــل

وقد اختلف أهل العلم في اللفظ العام المستقل بنفسه الوارد على سبب، هل يقصر على سببه أو يحمل على عمومه على قولين، الأصح منهما عند أهل النظر أن يحمل على عمومه ولا يقصر على سببه، لأن الحجة إنما هي في قول صاحب الشرع ليس في السبب؛ لأن السبب لو انفرد لم تكن فيه حجة؛ ولو انفرد لفظ النبي - ﷺ - لوجبت به الحجة؛ وأما نهيه - ﷺ - عن كراء المزارع، فالأصح فيه أن يقصر على سببه ولا يحمل على عمومه، إذ قد خص بقوله - ﷺ -: «إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلَاثَةٌ: رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَهُوَ يَزْرَعُهَا وَرَجُلٌ مُنِحَ أَرْضاً فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مُنِحَ، وَرَجُلٌ أَكْرَى بِذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ». وقد قال جماعة من أهل العلم: إن اللفظ العام إذا خص منه شيء عاد مجملاً. وسقط الاحتجاج بعمومه وإن كان ليس هذا بمذهب مالك ولا أصحابه، فإنه يؤيد قصر النهي على سببه، وقد حكى أبو بكر الأبهري في كتابه أن مذهب مالك رحمه الله أن يقصر اللفظ العام الوارد على سببه ولا يحمل على عمومه.

فصـــل

فإذا قصر نهيه - ﷺ - عن كراء المزارع، على كرائها بالثلث والربع والماذيانات وأقبال الجداول لم يمنع مانع من كرائها بالدنانير والدراهم والعروض التي لا تنبتها[٤١] الأرض مع النص الوارد عن النبي - عليه السلام - في كرائها

(٤٠) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه.
عون المعبود ٣/٣٦٨.

(٤١) تنبتها: ت، تنبت: ح ٢ هـ.

بالدنانير والدراهم، ولو لم يقصر النهي على سببه وحمل على عمومه فيما بعد الدنانير والدراهم المخصوصة منه بالنص عليها، لخصصت العروض التي لا تنبت الأرض منه أيضاً بالقياس على الدنانير والدراهم لأن القياس على الخصوص جائز يُخصص به العموم، ومثل هذا قول الله عز وجل: ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ** ﴾[٤٢]. فكان هذا عاماً في كل زان وزانية، كانا حرين أو عبدين، ثم خص من ذلك الإماء بقوله عز وجل: ﴿ **فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ، فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ** ﴾[٤٣]. ثم خص من ذلك العبيد بالقياس على الإماء بعلة الرق الجامعة بينهما؛ فكذلك[٤٤] ما عاد إلى مسألتنا؛ **فإن نهي** النبي - ﷺ - عن كراء المزارع عام خص من ذلك الكراء بالدنانير والدراهم بالنص، ثم خص من ذلك الكراء بالعروض التي لا تنبتها الأرض بالقياس على الدنانير والدراهم، بالعلة الجامعة بينهما، وهي أن الكراء بالعروض المعلومة التي لا تنبتها الأرض كراء بثمن معلوم لا غرر[٤٥] فيه ولا مزابنة ولا محاقلة ولا مخابرة، فجاز أصله الكراء بالدنانير والدراهم.

فصـــل

فما ذهب إليه مالك رحمه الله في كراء الأرض أصح أقاويل أهل العلم في ذلك، لأنه استعمل الأحاديث المروية عن النبي - عليه السلام - في هذا الباب، ولم يحمل شيئاً منها[٤٦] على التعارض، بل جعل بعضها مركبة على بعض ومبينة لها، ولم يطرح شيئاً منها؛ واستعمال الآثار عند أهل العلم أولى من طرحها ما أمكن ذلك ووجد السبيل إليه.

---

(٤٢) الآية: ٢ سورة النور.

(٤٣) الآية: ٢٥ - سورة النساء.

(٤٤) فكذلك: ح ٢ هـ، وكذلك: ت.

(٤٥) لا غرر فيه: ح ٢ هـ، لا مجهول: ت.

(٤٦) شيئاً منها: ح ٢ هـ، منها شيئاً: ت.

فصـــل
في حد جواز كراء الأرض وجواز النقد ووجوبه

اعلم أن الأرضين تنقسم على ثلاثة أصناف(٤٧): أرض نيل، وأرض مطر، وأرض تسقى بالأنهار والعيون والآبار(٤٨).

فصـــل(٤٩)

والكلام في حكم هذه الأرضين على ثلاثة أوجه:

أحدها: جواز عقد الكراء فيها.

والثاني: جواز النقد فيها.

والثالث: وجوب النقد فيها.

فأما جواز عقد الكراء فيها، فإنه جائز على مذهب ابن القاسم في المدونة فيها كلها من غير تفصيل، كانت مأمونة أو غير مأمونة للسنين الكثيرة. وتنقسم في جواز النقد فيها ـ عنده ـ على قسمين: مأمونة، وغير مأمونة؛ فما كان منها مأموناً كأرض النيل وأرض المطر المأمونة وأرض السقي بالأنهار والعيون الثابتة والآبار المعينة، فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا بعد أن تروى وتمكن من الحرث، كانت في أرض النيل أو المطر أو السقي بالعيون والآبار، وتنقسم في وجوب النقد فيها على قسمين:

أحدهما: أرض النيل، والثانية أرض السقي والمطر؛ فأما أرض النيل فيجب النقد فيها عنده إذا رويت، لأنها لا تحتاج إلى السقي فيما يستقبل، فبالري يكون المكتري قابضاً لما اكترى، وأما أرض السقي والمطر فلا يجب على المكتري فيها دفع الكراء حتى يتم الزرع ويستغنى عن الماء؛ وكذلك إن كانت أرضاً(٥٠) تزرع

---

(٤٧) أصناف: ح ٢ هـ، أقسام: ت.

(٤٨) والعيون والآبار: ح ٢ هـ، والآبار والعيون: ت.

(٤٩) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٥٠) أرضاً: ح ٢ هـ، الأرض: ت.

بطوناً فلا يلزمه نقد الكراء في البطن حتى تسلم وتستغني عن الماء، ووافق ابن الماجشون ابن القاسم على مذهبه في أرض النيل أن النقد يجب فيها إذا رويت، وفي أرض المطر وأرض السقي غير المأمون أن النقد لا يجب فيها حتى يتم الزرع ويستغنى عن الماء؛ وخالفه في أرض السقي إذا كان مأموناً فجعله مثل أرض النيل يجب الكراء فيه نقداً، إذا رويت؛ فأرض النيل لا اختلاف في وجوب الكراء فيها بالري وأرض المطر، والسقي غير المأمون لا اختلاف أن الكراء لا يجب فيها حتى يسلم الزرع ويستغني عه الماء واختلف في أرض السقي المأمون فجعله ابن الماجشون كأرض النيل، وجعله ابن القاسم كأرض المطر والسقي غير المأمون؛ وتنقسم الأرضون على مذهب ابن الماجشون في جواز عقد الكراء فيها والنقد على أربعة أقسام:

أحدها: أرض النيل المأمونة.
والثاني: أرض السقي بالأنهار والآبار.
والثالث: أرض السقي بالعيون.
والرابع: أرض المطر.

فأما أرض النيل المأمونة فيجوز الكراء فيها للأعوام الكثيرة بالنقد وبغير النقد - قرب[٥١] إبان شربها وريها - هذا قوله في المدونة.

فأما أرض السقي بالأنهار والآبار، فيجوز الكراء فيها للعشرة[٥٢] الأعوام لا أكثر، والنقد فيها على مذهبه جائز، قاله الفضل.

وأما أرض السقي بالعيون، فلا يجوز كراؤها، إلا للثلاثة[٥٣] الأعوام والأربعة، ولا ينقد إلا سنة بسنة، يريد أنه[٥٤] ينقد السنة الثانية قبل تمام الأولى بيسير وإن لم ترو الأرض، هذا قوله ومذهبه في الواضحة.

(٥١) قرب: ت ح ٢، بقرب: ت.
(٥٢) للعشرة: ت ح ٢، العشرة: هـ.
(٥٣) للثالثة: ح ٢ هـ، الثالثة: ت.
(٥٤) ينقد: ت ح ٢، لا ينقد: هـ.

وأما أرض المطر فلا يجيز الكراء فيها إلا لعام واحد، قرب إبان ريها، ولا يجوز النقد فيها حتى تروى رياً مبلغاً له أو لأَكْثَرِه مع رجاء وقوع غيره، قاله في المدونة هذا الذي حصلت من مذهبه وبالله التوفيق.

فصــل
في بيان مذهب ابن القاسم وغيره في الكتاب فيمن حرث أرض رجل فتداعيا في ذلك

هذه مسألة تنقسم على قسمين:

أحدهما: أن يقوم رب الأرض على الذي حرثها في إبان الزرع.

والثاني: أن يقوم عليه في ذلك بعد الإبان.

فأما القسم الأول وهو أن يقوم عليه في ذلك وهو في الإبان، فلا يخلو الذي حرث الأرض من أربعة أوجه:

أحدها: أن يصدق رب الأرض في أنه حرثها بغير إذنه.

والثاني: أن يصدقه في أنه لم يكرها منه إلا أنه يدعي أنه حرثها بعلمه وهو حاضر لا يغير ولا ينكر.

والثالث: أن يدعي عليه أنه أكراها منه.

والرابع: أن يدعي عليه أنه أكراها منه وأنه حرثها بعلمه وهو حاضر.

فأما الوجه الأول وهو أن يصدقه في أنه حرثها بغير علمه، فإن لصاحب الأرض أن يأخذ أرضه ويأمر الزارع[55] بقلع زرعه فيقلعه إن كانت له فيه منفعة، ولا يجوز لرب الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعاً كالبنيان؛ لأنه يدخله بيع الزرع قبل أن يبدو صلاحه، وقد قيل: إن ذلك جائز، لأنه في أرض مبتاعة وبالعقد يدخل في ضمانه فيرتفع الغرر في ذلك، وإلى هذا ذهب أبو إسحاق التونسي؛ فإن[56] لم

---

(٥٥) الزارع: ح ٢ هـ، الزراع: ت.

(٥٦) فإن: ت، وإن: ح ٢، وأما إن: هـ.

تكن له[٥٧] فيه منفعة لم يكن للزارع أن يقلعه لقول رسول الله ـ ﷺ ـ: **«لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ»**[٥٨]. ويبقى[٥٩] لصاحب الأرض لقول رسول الله ـ ﷺ ـ: **«لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»**[٦٠].

وأما الوجه الثاني وهو أن يصدقه في أنه لم يكر منه إلا أنه يدعي أنه حرثها بعلمه فلم يغير عليه ذلك ولا أنكر، فإن اليمين يلزم رب الأرض: ما علم بحرثه إياها إن لم يكن للذي حرث الأرض على ذلك بينة؛ فإن حلف رب الأرض على ذلك، كان له أن يأخذ أرضه ويكون الحكم في الزرع على ما تقدم، وإن نكل عن اليمين، حلف الذي حرث الأرض على ذلك ولم يقلع زرعه وكان عليه[٦١] في الأرض كراء مثلها، وكذلك إذا كانت للذي حرث الأرض بينة على حرثه إياها بعلمه ومعرفته.

وأما الوجه الثالث: وهو أن يدعي عليه أنه أكراها منه، فالقول قول صاحب الأرض مع يمينه ما أكراها منه، فإن حلف على ذلك، استحق أرضه وكان الحكم في الزرع على ما تقدم، وإن نكل عن اليمين، حلف الذي حرث الأرض لقد أكراها منه بكذا وكذا، كان الذي ادعى من الكراء قليلاً لا يشبه، أو كثيراً أكثر من كراء المثل؛ وإنما كان القول قوله، وإن كان الذي ادعى من الكراء لا يشبه، لأن رب الأرض قد مكنه من ذلك بنكوله، هذا هو المشهور في المذهب خلاف ما وقع في كتاب القراض من المدونة إذا ادعى صاحب المال أنه دفع إليه المال على سبيل البضاعة[٦٢]، وادعى العامل أنه دفع إليه على سبيل القراض، فنكل صاحب المال عن اليمين فقال: إن العامل يحلف إذا كان مثله يستعمل في القراض وإنما وجب

---

(٥٧) كلمة (له) ساقطة في هـ.

(٥٨) أخرجه البخاري، وأبو داود والترمذي.

(٥٩) ويبقى: ح ٢، وبقي: ت هـ.

(٦٠) أخرجه أحمد وابن ماجه من حديث ابن عباس، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٤٣١ - ٤٣٢.

(٦١) عليه: ح ٢ هـ، له: ت.

(٦٢) البضاعة: ت هـ، القرض: ح ٢.

أن يحلف وإن كان الذي أقر به من الكراء، أكثر من كراء المثل، لأنه إن نكل عن اليمين وجب أن يقلع زرعه.

وأما الوجه الرابع، وهو أن يدعي عليه أنه أكراها منه وحرثها بعلمه ومعرفته، فالقول قول صاحب الأرض يحلف على الوجهين جميعاً إن لم يكن للذي حرث الأرض بينة على ذلك، فإن حلف، كان مخيراً بين أن يأخذ منه الكراء الذي أقر به، وبين أن يأخذ أرضه ويأمر الزارع بقلع زرعه؛ وهذا إذا كان للزارع في قلعه منفعة، وأما إذا لم يكن له في قلعه منفعة وكان الحكم يوجب بقاءه لصاحب الأرض، فلا يجوز أن يتركه للمكتري بما أقر به من الكراء، أو بكراء المثل؛ لأنه بيع له بما يأخذ من الكراء، وقد تقدم القول إذا كان للزارع في قلعه منفعة فأراد رب الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعاً، وإن نكل عن اليمين حلف الذي حرث الأرض لقد أكراها[٦٣] بكذا وكذا، قل أو كثر كان يشبه أو لا يشبه، وقد تقدم وجه ذلك؛ فإن نكل عن اليمين أخذ رب الأرض أرضه وإن أبى رب الأرض أن يحلف على الوجهين جميعاً وقال احلف ما علمت بحرثه إياها ولا أحلف ما أكريت منه، لم يكن ليمينه على هذا معنى، إلا أن ينكل الذي حرث الأرض عن اليمين، لأنه إن حلف لقد أكريتها بكذا وكذا أدى ما حلف عليه وإن لم يشبه ذلك كراءها، لأن رب الأرض قد مكنه من ذلك بنكوله على أن يحلف ما أكريتها منه، حلف ما علم بحرثه إياها أو لم يحلف، فإن نكل الذي حرث الأرض عن اليمين، قيل لرب الأرض ههنا احلف أنك ما علمت بحرثه إياها وخذ أرضك واقلع الزرع إن شئت.

فصـــل

وإن أبى رب الأرض أن يحلف على الوجهين جميعاً وقال احلف ما أكريت منه، ولا أحلف ما علمت بحرثه إياها، لم يمكن من اليمين على ذلك عند ابن القاسم، لأنه إذا نكل عن أن يحلف ما علمت بحرثه إياها، وجب أن يحلف الذي حرث الأرض بالله لقد علم بحرثي إياها، وإذا حلف على ذلك كان بمنزلة إذا أقام

(٦٣) أكراها بكذا: ح ٢ هـ، أكراها منه بكذا: ت.

على ذلك بينة أو أقر له به رب الأرض، وإذا أقر بذلك رب الأرض أو قامت للذي في حرث الأرض بذلك بينة كانت شبهة توجب أن يكون القول قول الذي حرث الأرض أنه اكتراها منه بكذا وكذا إذا كان يشبه أن يكون ذلك كراء مثلها، فيحلف الذي حرث الأرض إذا نكل رب الأرض عن اليمين أنه ما علم بحرثه إيَّاها على الوجهين جميعاً: يقول بالله لقد علم بحرثي إياها، ولقد اكتريتها[٦٤] منه بكذا وكذا إذا أشبه أن يكون ما ادعى كراءَها؛ فإن لم يشبه أن يكون ذلك كراءَها لم يصدق في ذلك، وحلف رب الأرض ما أكراها منه واستحق كراء مثلها، ولم يكن له أن يقلع زرعه إذا حلف الذي حرث الأرض أنه حرثها بعلمه ومعرفته، فإن لم يحلف على ذلك ونكل عنه، كان لصاحب الأرض أن يأخذ أرضه ويقلع الزرع.

فصــل

فإن كانت للذي حرث الأرض بينة على أنه حرث الأرض بعلمه ومعرفته ولم تكن له بينة على الكراء، كان القول قوله مع يمينه في الكراء إذا أتى بما يشبه، فإن لم يأت بما يشبه، لم يصدق وحلف رب الأرض أنه ما أكرى منه، وكان عليه كراء المثل، فإن نكل رب الأرض عن اليمين، كان القول قول الذي حرث الأرض، وإن أتى بما لا يشبه؛ لأن رب الأرض قد مكنه من دعواه بنكوله، وإن كان الذي أقر به الذي حرث الأرض من الكراء، كراء المثل فأكثر، لم يكن عليه في هذا الوجه يمين، هذا مذهب ابن القاسم في المدونة ومساواته فيها بين أن تكون للذي حرث الأرض بينة على علمه ومعرفته، أو يأبى اليمين في أن القول قول الذي حرث الأرض مع يمينه في الكراء، إذا أشبه، إنما يريد إذا نكل عن اليمين ـ على أنه ما حرثها بعلمه ومعرفته بخاص؛ وأما إذا نكل عن اليمين على أنه لم يكرها منه، فالقول قول الذي حرث الأرض وإن لم يشبه. ولا اختلاف في هذا بينهم، إلا ما يقوم من مسألة كتاب القراض، وقد ذكرناها؛ وأما غير ابن القاسم في المدونة، فلم ير حرثه الأرض بعلم ربها شبهة توجب أن يكون القول قوله في مبلغ الكراء، وجعل قول رب الأرض مع يمينه أنه ما أكرى منه أرضه؛ فإذا حلف على ذلك، استحق كراء

---

(٦٤) اكتريتها: ح ٢ هـ، أكريتها: ت.

المثل، وإن كان الذي أقر به المكتري من الكراء أكثر من كراء المثل، فلا يكون على واحد منهما يمين، وسواء على قول غيره هذا ـ علم أو لم يعلم ـ فلا يحلف على مذهبه إن لم يعلم بحرثه الأرض[٦٥]، وإنما يحلف أنه ما أكراها منه ويستحق كراء المثل، ولو نكل عن اليمين على ذلك، لحلف الذي حرث الأرض، وإن أتى بما لا يشبه.

فصــل

وأما القسم الثاني، وهو أن يقوم عليه في ذلك بعد الإبان، فإن صدقه أنه لم يكن منه فله كراء المثل دون يمين ادعى عليه أنه حرثها بعلمه ومعرفته، أو لم يدع ذلك عليه؛ وأما إن ادعى عليه أنه أكراها منه ولم يدع عليه أنه حرثها بعلمه ومعرفته، فإن رب الأرض يحلف أنه ما أكراها منه ويأخذ[٦٦] منه كراء المثل؛ وإن[٦٧] نكل عن اليمين، حلف الذي حرثها على ما ادعاه من الكراء؛ وأما[٦٨] إن ادعى عليه أنه أكراها منه وأنه حرثها بعلمه ومعرفته، فيحلف على الوجهين جميعاً؛ فإن حلف أخذ كراء المثل؛ وإن نكل عن اليمين على الوجهين جميعاً، أو على أنه لم يكر منه، حلف الذي حرث الأرض على ما ادعى من الكراء، وإن كان الذي أقر به من الكراء أكثر من كراء المثل، فلا يمين على واحد منهما، وإن نكل رب الأرض[٦٩] أن يحلف ما حرثها[٧٠] بعلمه ومعرفته، حلف الذي حرث على مذهب ابن القاسم: لقد حرثها بعلمه ومعرفته، ولقد أكريتها[٧١] منه بكذا وكذا، إذا أشبه ذلك، فإن لم يشبه، حلف رب الأرض أنه ما أكرى منه وأخذ كراء المثل؛ وعلى قول غيره يحلف رب الأرض ما أكراها منه ويأخذ كراء المثل.

---

(٦٥) الأرض: ح ٢ هـ، إياها: ت.
(٦٦) منه ويأخذ: ح ٢ هـ، فهذا يأخذ: ت.
(٦٧) وإن: ت ح ٢، فإن: هـ.
(٦٨) وأما: ت ح ٢، فأما: هـ.
(٦٩) الأرض: أن: ح ٢ هـ، الأرض عن أن: ت.
(٧٠) حرثها: ت، حرثه: هـ، حرث: ح ٢.
(٧١) أكريتها: ح ٢ هـ، اكتريتها: ت.

فصــل في المغارسة

المغارسة تنقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون على وجه الإجارة، مثل أن يقول له اغرس لي هذه الأرض كرماً أو تيناً أو فرسكاً أو ما أشبه ذلك، ولك كذا وكذا، فهذا إن كانت الغروس من عند رب الأرض، فلا إشكال في جوازه، سمى له عدد ما يغرس في الأرض أو لم يسمه، لأن ذلك معروف عند الناس، ولا بد أن يصف قدر الغروس في الصغر والكبر؛ لأن المشقة في ذلك مختلفة، إلا أن يدخـلا في ذلك على عرف فيستغنى به عن الصفة؛ وأما إن كانت الغروس من عند الغارس فيدخل في ذلك ما دخل مسألة الذي استأجر الأجير على أن يبني له داراً على أن الآجر والجص من عند البناء، لأنه يجتمع في ذلك إجارة وسلم، والإجارة والسلم أحكامها مختلفة، إذا كان الأجير بعينه، لأن السلم لا بد فيه من ضرب الأجل وتعجيل رأس ماله، والأجير بعينه لا يجوز أن ينقد إجارته إلا بعد شروعه في العمل الذي قد ضرب له الأجل؛ فلا يجوز استئجار الأجير بعينه على الغرس بشرط أن تكون الغروس من عنده إذا كانت لها قيمة إلا بثلاثة شروط، وهي: تعجيل الإجارة، والشروع في العمل، وأن يكون الغرس لا يتم إلا في مدة طويلة يستحق فيها ما تعجل[72] من الغروس في جنب ما تأخر منها؛ وأما إذا استأجره على الغرس إجارة ثابتة في ذمته على أن الغروس من عنده، ولها قيمة، فذلك جائز؛ لأن حكم الإجارة الثابتة في الذمة حكم السلم، فإن قدم إليه إجارته وضرب للغرس أجلاً مثل أن يقول أستأجرك على غرس هذه الأرض في شهر كذا بكذا وكذا، والغروس من عندك جاز، وهو معنى قول غير ابن القاسم في المدونة إذا كان ذلك على وجه القبالة ولم يشترط عمل رجل بعينه، فلا بأس بذلك إذا قدم نقده.

والوجه الثاني: أن تكون المغارسة على وجه الجعل مثل أن يقول له اغرس لي هذه الأرض أصولاً تيناً أو كرماً أو ما أشبه ذلك، ولك في كل ثمرة تنبت كذا وكذا، فهذا جائز على حكم الجعل المحض[73].

(٧٢) تعجل: ح ٢ هـ، يعمل: ت.
(٧٣) المحض: ح ٢ هـ، الصحيح: ت.

والوجه الثالث: أن يغارسه في الأرض على جزء منها فهذا أجازه أهل العلم قياساً على ما جوزته السنة من المساقاة، فليست بإجارة منفردة ولا جعل منفرد، وإنما هي سنة على حيالها، وأصل في نفسها أخذت بشبه[(٧٤)] من الإجارة والجعل، فهي تشبه الإجارة في لزومها بالعقد، وتشبه الجعل في أن الغارس لا يجب له شيء إلا بعد ثبوت الغرس وبلوغه الحد المشترط؛ فإن بطل قبل ذلك، لم يكن له شيء، ولا كان من حقه أن يعيده مرة أخرى وقد قيل لا يجوز[(٧٥)] وهو قول ابن القاسم في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب المغارسة: إن المغارسة في الأرض على جزء من الأرض لا تجوز إلا على وجه الجعل بأن لا يلزم المغارس الجعل ويكون له أن يذهب ويترك العمل إن شاء، فعلى هذا لا تكون المغارسة إلا على قسمين، وهي: الجعل والإجارة ـ كان له نصيب من الأرض أو لم يكن ـ.

فصـــل

واختلف إن ثبت منها يسير وبلغ الحد وبطل سائر ذلك أو بطل منه يسير وثبت سائر ذلك، فقيل: إن القليل تبع للكثير، إلا أن يكون الذي ثبت أو بطل له قدر وبال، وإن كان الأقل فلا يكون تبعاً ويثبت حقه فيما يثبت ويبطل مما بطل، وهي رواية حسين بن عاصم، وهو الذي يأتي على المشهور من المذهب[(٧٦)]، فإن[(٧٧)] المغارسة على جزء من الأرض جائزة على أنها لهما جميعاً لازمة، وقد قيل إن حقه يثبت فيما بلغ، ويبطل فيما لم يبلغ، يسيراً كان أو كثيراً، تبعاً كان أو غير تبع؛ وهو الذي يأتي على القول بأن المغارسة في الأرض على جزء منها لا تجوز إلا على وجه الجعل.

فصـــل

ولا تجوز المغارسة على جزء من الأرض إلا على شروط قد حدها أهل

---

(٧٤) بشبه: ح ٢ هـ، بشبهة: ت.

(٧٥) جملة (لا يجوز) ساقطة في ح ٢ هـ.

(٧٦) جملة (من المذاهب) ساقطة في ت هـ، ثابتة في ح ٢.

(٧٧) فإن: هـ، لأن: ت، وهي ساقطة في ح ٢.

العلم، من ذلك: أن يكون الحد إلى ما دون الإطعام، واختلف إن كان حدها الإطعام أو إلى أجل من السنين دون الإطعام، أو يسكتا عن الحد في ذلك أو الأجل[78] على قولين، وأما إن كان الحد إلى فوق الإطعام فلا يجوز، وكذلك لا يجوز إن اشترطا[79] أن يكون الشجر أو[80] الغلة بينهما دون الأصل.

فصـــل

فإن وقعت المغارسة على شيء مما وصفنا أنه لا يجوز باتفاق أو على قول من لا يجيزها فيما ذكرنا فيه الخلاف، فإن ذلك ينقسم على قسمين:

أحدهما: أن لا يجعل له جزءاً من الأصل.

والثاني: أن يجعل له جزءاً منه.

فأما إذا لم يجعل له جزءاً من الأصل وإنما غارسه على أن تكون الثمرة بينهما، أو الشجر[81] دون موضعها[82] من الأرض! فاختلف في ذلك على قولين:

أحدهما: أنه يحكم لذلك بحكم الكراء الفاسد.

والثاني: أنه يحكم له بحكم الإجارة الفاسدة، وهذا الاختلاف مبني على ما غرسه الغارس من الغرس هل هو على ملكه أو ملك رب الأرض، فمن علل بأن الغرس على ملك الغارس جعله كراء فاسداً، لأنه كان الغارس اكترى منه الأرض إلى أمد غير معلوم بنصف الثمرة التي يغرسها لنفسه في الأرض، أو بنصف الشجرة التي يغرسها فيها لنفسه على أن يدفعها إليه عند بلوغها إلى الحد الذي اشترطاه، وكان الحكم فيه أن يكون على الغارس كراء المثل في الأرض قبل يوم أخذها، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى عنه، ومعنى ذلك إن كان أخذها منه في وقت

---

(78) أو الأجل: ح ٢، والأجل: ت، وهي ساقطة في هـ.
(79) اشترطا: ح ٢ هـ، يشترطا: ت.
(80) أو الغلة: ح ٢ هـ، والغلة: ت.
(81) أو الشجر: ح ٢ هـ، والشجر: ت.
(82) موضعها: ح ٢ هـ، موضعهما: ت.

يمكنه وضع الغرس فيه فيها، وقيل من يوم وضع الغرس فيها وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى عنه، ومعناه عندي من يوم يمكنه وضع الغرس فيه فيها، فلا تكون على هذا رواية يحيى مخالفة لرواية عيسى، خلاف ما كان الشيوخ يحملونها عليه من الخلاف لها، وقد زدنا هذا المعنى بياناً في كتاب البيان في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب المغارسة[83]، وقيل من يوم أثمرت الشجرة وهو قوله في سماع أبي زيد، وسماع حسين بن عاصم، وتكون له الغلة كلها يرد عليه رب الأرض ما أخذ منها المكيلة، إن عرفت أو خرصها إن جهلت ويقلع غرسه إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعاً، وقيل إن له قيمة غرسه قائماً، قاله يحيى في سماعه من كتاب السداد والأنهار في المعاملة الفاسدة في بناء الأرحى ولا فرق.

فصل[84]

ومن علل بأن الغرس على ملك رب الأرض، جعله إجارة فاسدة؛ لأنه كأن رب الأرض استأجر الغارس على أن يغرس له هذه الأرض بنصف ثمرتها أو بنصف الشجر إذا بلغت الحد المشترط، وكان[85] الحكم فيه[86] أن يكون للغارس على رب الأرض قيمة غرسه يوم وضعه في الأرض مقلوعاً، وأجرة مثله في غرسه وقيامه عليه، وتكون الغلة كلها لرب الأرض يرد عليه الغارس ما أخذ منها المكيلة إن عرفت أو خرصها إن جهلت.

فصل

وأما إذا جعل له جزءاً من الأرض على وجه لا يجوز في المغارسة، مثل أن يقول له اغرس هذه الأرض وقم على الغرس، كذا وكذا سنة، أو حتى تبلغ كذا وكذا، لأجل واحد يكون الإطعام دونه، أو يقول له اغرسها وقم على الغرس حتى

(٨٣) انظر البيان والتحصيل ج ١٥/٤٠٥ ـ ٤٠٧.
(٨٤) كلمة (فصل) ساقطة في ت.
(٨٥) وكان: ح ٢، فكان: ت، كان: هـ.
(٨٦) فيه: ت ح ٢، فيها: هـ.

يثمر أو إلى أجل كذا وكذا مما لا يثمر النخل دونه أو اغرسها وهي بيني وبينك مبهماً من غير حد ولا أجل على مذهب من لا يجيز ذلك؛ ففي ذلك ثلاثة أقوال، أحدها: أنها إجارة فاسدة يكون[٨٧] على رب الأرض للغارس قيمة غرسه يوم وضعه في الأرض، وأجرة مثله في غرسه إياه[٨٨] وقيامه عليه، وتكون جميع الغلة له يرد عليه الغارس ما أخذ منها المكيلة إن عرفت، أو خرصها، إن جهلت! وهذا قول سحنون وهو يأتي على مذهب من علل بأن الغرس على ملك رب الأرض، فكأنه استأجره على غرس جميع الأرض بنصف الأرض والغرس عند بلوغه الحد الذي شرطاه، وبنصف ما أثمر الغرس.

والثاني: أنه بيع فاسد في نصف الأرض قد فات بالغرس فيكون على الغارس فيه قيمته يوم غرسه، وكراء فاسد في النصف الثاني، فيكون على الغارس فيه لرب الأرض كراء مثله يوم أخذها، أو يوم وضع الغرس فيها، أو يوم أثمرت على الاختلاف المذكور في ذلك؛ ويقلع الغارس غرسه، إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعاً؛ وعلى قول يحيى بن يحيى المتقدم لا يأخذه إلا بقيمته قائماً، ويكون جميع الغلة للغارس يرد عليه رب الأرض ما أخذ منها المكيلة إن عرفت، أو خرصها إن جهلت، وهذا هو قول ابن القاسم[٦٩] في رواية حسين عنه، وهو يأتي على أن الغرس على ملك الغارس.

والثالث: أنه بيع فاسد في نصف الأرض قد فات بالغرس، فيكون على الغارس فيه قيمته يوم غرسه؛ وإجارة فاسدة في النصف الثاني، فيكون فيه على رب الأرض للغارس قيمته مقلوعاً يوم وضعه في الأرض، وأجرة مثله في غرسه وقيامه إلى وقت الحكم! وقيل إنه يكون عليه للغارس نصف قيمة الغرس قائماً يوم

---

(٨٧) يكون: ح ٢ هـ، ويكون: ت.

(٨٨) من هنا إلى قوله (التلف فمما يغلب عليه) من كتاب تضمين الصناع ـ وهو نحو خمس صفحات ـ ساقط في ت، كما سقط كذلك من هنا إلى قوله (وإهلاكها وللحق أرباب السلع) ـ وهو نحو صفحة كاملة ـ في نسخة هـ.

يحكم فيه من أجل سقيه وعلاجه، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، وقيل إنه يكون عليه للغارس قيمة نصف غرسه يوم بلغ وتم، وأجرته من يومئذ في قيامه عليه إلى يوم يحكم فيه، وهو قول ابن حبيب في الواضحة، والغلة بينهما في جميع ذلك على ما اشترطاه؛ والصحيح من ذلك ما بدأنا به من أن تكون عليه نصف قيمة غرسه مقلوعاً يوم وضعه في الأرض، وأجرة مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم؛ وهذا يأتي على أن الغرس نصفه على ملك الغارس، ونصفه على ملك رب الأرض ـ ومن الله التوفيق والحمد لله وحده ـ.

كتـاب تضمين الصناع

فصـــل في وجه تضمين الصناع

الأصل في الصناع ألاَّ ضمان عليهم وأنهم مؤتمنون، لأنهم أجراء وقد أسقط النبي ـ ﷺ ـ الضمان عن الأجراء في الائتمان؛ وضمنوهم نظراً واجتهاداً، لضرورة الناس إلى استعمالهم؛ فلو علموا أنهم يؤتمنون ولا يضمنون، ويصدقون فيما يدعون من التلف؛ لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس، واجترؤوا على أكلها؛ فكان ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال وإهلاكها، وللحق أرباب السلع في ذلك ضرر شديد[1]؛ لأنهم بين أن يدفعوها إليهم فيعرضونها للهلاك أويمسكوهـا مع حاجتهم إلى استعمالها فيضر ذلك بهم إذ لا يحسن كل أحد أن يخيط ثوبه ويعمل جميع ما يحتاج إلى استعماله، فكان هذا من الأمور العامة الغالبة التي يجب مراعتها والنظر فيها للفريقين جميعاً، فكان الحض[2] في دفعها إليهم على التضمين حتى إذا علـم إهلاكها بالبينة من غير تضييع، لم يضمنوا، لإزالة الضرر عنهم، كما إذا لم يعلم الهلاك والتلف ضمنوا لإزالة الضرر عن[3] أهل الأموال. هذا قول مالك رحمه الله : أنهم ضامنون لما غابوا عليه وادعوا تلفه ولم يعلم ذلك إلا بقولهم، ولا ضمان عليهم فيما ثبت ضياعه بالبينة من غير تضييع وتابعه على ذلك جميع أصحابه

---

(١) ضرر شـديد: ح ٢، إضرار كثير شديد: هـ.

(٢) في النسختين (الحظ) ـ بالمشالة ـ وهو تحريف.

(٣) عن: هـ، على: ح ٢.

إلا أشهب، فإنه ضمنهم وإن قامت البينة على التلف؛ وكذلك الرهن عنده قياساً على العارية إنها مؤداة ـ للحديث[٤] ـ، والعلة الجامعة بينهما أنه قبض الرهن لمنفعة نفسه خالصاً كما قبض العارية لمنفعة نفسه خالصاً؛ وأما الصناع فلا يصح له قياسهم على العارية، لأنهم قبضوا السلع لمنفعتهم ومنفعة أرباب السلع، إلا أن لقوله حظاً من النظر؛ فوجه قوله أنه لما وجب أن يضمنوا[٥] للمصلحة العامة، لئلا يكون ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال، لم يسقط الضمان عنهم بالبينة، حسماً لباب الذريعة؛ لأن ما طريقهُ المصالح وقطع الذرائع لا يخصص في موضع من المواضع، أصل ذلك شهادة الابن لأبيه لما لم تجز للذريعة، لم تجز. وإن ارتفعت التهمة في البابين، الفضل: ولأن من ضمن بلا بينة[٦]، ضمن وإن قامت البينة؛ أصله الغاصب؛ ولأن من قبض لمنفعة نفسه فضمن بلا بينة، ضمن وإن قامت البينة، أصله القرض[٧].

فصل

وقول مالك رحمه الله، وابن القاسم أصح، لأن الصانع أجير، فإذا ثبت هلاك ما دفع إليه بغير تفريط، أشبه الصانع الخاص والراعي، ولأن الذريعة قد لا تراعى مع العذر الظاهر، مثل من فاتته الجمعة فإنا نمنعه أن يصلي الظهر في جماعة، لئلا يكون ذلك ذريعة لأهل البدع؛ ثم يجوز ذلك لأهل العذر الظاهر كالمرضى والمحبوسين، وكذلك في مسألتنا إذا كان عذر الصانع ظاهراً بإقامته البينة على التلف من غير تضييع، لم نراع معه الذريعة، وفي هذا اختلاف قد ذكرناه وحصلناه وبيَّنا وجهه ومعناه في كتاب البيان في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب الصلاة الثالث[٨].

---

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك من حديث ابن عباس، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٢٩٨/٤.

(٥) أن يضمنوا: ح ٢، الضمان: هـ.

(٦) ولأن من ضمن بلا بينة: ح ٢، ولأن من ضمن إذا لم تقم بينة: هـ.

(٧) القرض: هـ، القراض: ح ٢.

(٨) انظر ج ٥٠٢/١.

فصـــل

وهذا في الصانع المشترك الذي قد نصب نفسه للناس، وأما الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل للناس، فلا ضمان عليه فيما استعمل إياه أسلم إليه أو عمله[٩] في منزل رب المتاع، وسواء على مذهب مالك استعمل الصانع بأجر أو بغير أجر، وخالفه أبو حنيفة فأسقط عنه الضمان إذا عمل بغير أجر، لأنه أشبه عنده المودع، وخالفهما الشافعي وأسقط الضمان عمل بأجر أو بغير أجر، والحجة عليه أن تضمينهم إجماع من الصحابة رضي الله عنهم، لأن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب حكما بتضمينهم، وقال علي: لا يصلح للناس إلا ذلك، وقال يحيى ابن سعيد: ما زال الخلفاء يضمنون الصناع، ولم يكن الخلفاء، ليضمنوهم والصحابة متوافرون إلا بعد مشورتهم واجتماع ملائهـم على ذلك، وقد ادعوا على علي رضي الله عنه رواية أخرى مثل قولهم، ولم تثبت، ولو ثبتت لحمل ذلك على أنه قد رجع عنها إلى قول الجماعة وإجماع الصحابة حجة على من بعدهم.

فصـــل

ومما يحتج به عليهم من طريق النظر: أنهم لما قبضوا السلع لمنفعتهم، لم يقيدوا قولهم في تلفها كالقراض على مذهبهم، والعارية؛ فإن قالوا إنما ضمن المستعير، لأنه إنما قبض لمنفعة نفسه وحده، وليس كذلك الصناع، قبضوا لمنفعة أنفسهم ومنفعة أرباب السلع، قلنا إنا لا نسلم أنهم قبضوا لمنفعة أنفسهم ومنفعة أرباب السلع، بل إنما قبضوا لمنفعة أنفسهم خاصة بدليل نصبهم أنفسهم لذلك، إلا أن انتفاع المالك شرط في حصول المنفعة للقابض ولو سلمنا اشتراكهم في المنفعة، لانتقض ذلك بالقراض، لأنهما مشتركان في منفعته. فإن قالوا: المعنى في تضمين المقارض: إنه تمليك بلا بدل. والجواب عن ذلك: أنه لا يمتنع أن تختلف أسباب الضمان، فيكون في بعضها لذلك، وفي بعضها لـعلة أخرى، وهي ما ذكرناه من المصلحة والذريعة.

---

(٩) عمله: ح ٢، استعمله: هـ.

فصـــل

وتلخيص هذا الباب وتحصيله على مذهب مالك: أن قابض مال غيره بإذن المالك له على غير وجه الملـك لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقبض ذلك لمنفعة نفسه خاصة.

والثاني: أن يقبضه لمنفعة صاحبه خاصة.

والثالث: أن يقبضه لمنفعتهما جميعاً.

فصـــل

فأما الوجه الأول وهو أن يقبضه لمنفعة نفسه خاصة فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يقبض ذلك على أن ينتفع به ويرد عينه.

والثاني: أن ينتفع به بتحويل عينه فيرد مثله.

فأما إذا قبضه لينتفع به ويرد عينه، مثل الرهن والعارية، فهو ضامن له إلا أن تقوم له بينة على التلف من غير تعد ولا تضييع، أو يكون مما لا يغاب عليه؛ وأما إن قبضه لينتفع به ويرد مثله، فهو ضامن له على كل حال كان مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه وذلك كالقـرض.

فصـــل

وأما الوجه الثاني وهو أن يقبضه لمنفعة صاحبه خاصة، فلا ضمان عليه فيه، كان مما يغاب عليه كالعين والعروض أو مما لا يغاب عليه كالحيوان والدور، قبض ذلك على أن يحول عينه كالبضائع[10]، أو على ألا يحول عينه كالودائع، الحكم في ذلك كله سواء.

فصـــل

وأما الوجه الثالث: وهو ما قبضه لمنفعتهما جميعاً فإنه يغلب فيه منفعة،

---

(١٠) كالبضائع: ح ٢، كالقراض: هـ.

صاحب المال ويصدق القابض في دعوى التلف كان مما يغيب عليه كالعين والعروض أو مما لا يغيب عليه كالحيوان والدور قبض ذلك على أن يحول غينه بتصرفه فيه كالقراض أو على ألا يحول عينه كالمستأجر على حمله أو على رعايته أو على استعماله أو ما أشبه ذلك حاشا الصانع المشترك الذي قد نصب نفسه للعمل للناس والأجير على حمل الطعام، فإنهما لا يصدقان في دعوى التلف فيما يغاب عليه للعلة التي قدمنا ذكرها، وهي الذريعة ومصلحة العامة.

فصـــل

وإنما قلنا في أول التقسيم قبض مال غيره بإذن المالك له لأن قابض مال غيره بغير إذن مالكه ضامن له على كل حال، لأنه غاصب أو متعد، وإنما قلنا على غير وجه الملك، لأنه إذا قبضه على وجه الملك: إما بشراء أو صدقة أو هبة أو وصية أو ما أشبه ذلك من الوجوه التي تنتقل بها الأملاك، فلا اختلاف أيضاً أن الضمان منه كان البيع صحيحاً أو فاسداً.

فصـــل

وكل(١١) موضع يصدق فيه القابض في(١٢) دعوى الضياع مثل الوديعة والقراض ورهن ما لا يغاب عليه، أو عارية ما لا يغاب عليه، فإنه يصدق في دعوى الرد إذا قبضــه بغير بينة فإن قبضه ببينة لم يصدق في دعوى الرد، هذا هو المشهور المعلوم من قول ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك، وقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه يصدق في دعوى الرد. وإن قبضه ببينة، قاله في دعوى المستأجر ضياع العروض التي استأجر، وخالفه أصبغ واعترض عليه بالقراض والوديعة؛ ولا يلزمه اعتراض أصبغ، لأنه لا يفرق على هذه الرواية بين القراض والوديعة والشيء المستأجر، بل يرى أن يصدق في ذلك كله، إذا ادعى رده وإن كان دفع إليه ببينة، لأنه إذا صدقه في رد الشيء المستأجر، وإن قبضه ببينة، فأحرى أن يصدقه في

(١١) وكل: ت هـ، وفي كل: ح ٢.
(١٢) كلمة (في) ساقطة في ح ٢ هـ، ثابتة في ت.

الوديعة، إذ لا منفعة له فيها؛ وإذا صدقه في الشيء المستأجر فالقراض مثله سواء، لأن المنفعة فيهما جميعاً لهما جميعاً؛ ويشبه أن يفرق بين القراض والشيء المستأجر وبين الوديعة، لأن الإشهاد على الوديعة لا وجه له إلا التوثق من عينها، والإشهاد على القراض والشيء المستأجر، يحتمل أن يكون القصد فيه إلى التوثق من الإجارة أو من جزء القراض؛ فيتحصل على هذا في دعوى الرد مع الإشهاد أربعة أقوال:

أحدها: أنه يصدق فيها كلها على رواية أصبغ.

والثاني: أنه لا يصدق فيها كلها على قول أصبغ.

والثالث: الفرق بين الشيء المستأجر وبين القراض والوديعة على ما تأول أصبغ على ابن القاسم.

والرابع: الفرق بين الشيء المستأجر والقراض وبين الوديعة على ما ذكرناه من وجه الفرق في ذلك.

فصل

فإذا صدق في دعوى الرد، فإنه يحلف على كل حال من غير تفصيل؛ وأما في دعوى الضياع فلا يحلف إلا أن يكون متهماً على مذهب ابن القاسم، وروى ابن نافع ومحمد بن يحيى السبائي عن مالك أنه يحلف المتهم وغير المتهم في دعوى الضياع؛ وكان ابن زرب ـ رحمه الله ـ يقول إن المتهم يحلف لقد ضاعت من غير تفريط ولا تضييع، وأن غير المتهم يحلف ما ضيع ولا فرط؛ ولا يحلف على الضياع، وهو قول له وجه من النظر، ولا يفرق في دعوى الضياع بين أن يقبض ذلك ببينة أو بغير بينة.

فصل

وكل موضع لا يصدق فيه[13] في دعوى الضياع فلا يصدق فيه[13] في دعوى الرد إلا في الصناع، فإن ابن الماجشون يرى أن يصدقوا في دعوى الرد إلا أن

(١٣ ـ ١٣) كلمة (فيه) ساقطة في ح ٢.

يشهد عليهم بالدفع، وإن كان لا يصدقون في دعوى الضياع ونفى أن يكون مالكاً قال إنهم لا يصدقون في دعوى الرد، والمشهور المعلوم من قول مالك وجميع أصحابه ابن القاسم وغيره، أنهم لا يصدقون في دعوى الرد كما لا يصدقون في دعوى الضياع، وقد قاله ابن الماجشون أيضاً في موضع آخر، وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في كتاب الوديعة ما يدل على أنه يصدق في رد الرهن إذا قبضه بغير بينة مثل الوديعة وهو بعيد.

فصل

وإذا ادعى الصانع ضياع المتاع الذي استعمل إياه، فإنه يضمن قيمته يوم دفع إليه على ما يعرف من صفته حينئذ، إلا أن يقر أن قيمته يوم ضاع كان أكثر من قيمته يوم دفعه إليه، فيكون عليه قيمته يوم أقر أنه تلف[١٤] أو يظهر عند الصانع بعد دفعه إليه بمدة، فتكون عليه قيمته يوم ظهر عنده على ما شهد به من قيمته يومئذ؛ وإن كانت قيمته يومئذ أقل من قيمته يوم دفعه إليه، وكذلك الرهن والعارية وقد وقع في موضع من سماع عيسى من كتاب الرهون أنه يضمن قيمة الرهن، إذا تلف عنده يوم ضاع وتأويل ذلك عندي على أنه ظهر عنده في الوقت الذي ادعى أنه تلف فيه، لأن قيمته يوم ضاع قد تكون أقل من قيمته يوم رهنه إياه فإذا لم يظهر عنده من حين رهنه إياه فلا يصدق في وقت تلفه كما لا يصدق في تلفه ويلزمه قيمته يوم رهنه إياه على ما يعرف من صفته حينئذ، وعلى ما يقر به منها مع يمينه على ذلك، وقد تأول الشيوخ قوله في الرواية يغرم قيمة الرهن يوم ضاع، أن معنى ذلك إذا لم تعرف له قيمة يوم الرهن فيغرم قيمته يوم ضاع على ما يقر به من الصفة مع يمينه، وهذا بعيد، وتأويلنا الأول هو الصحيح، ويؤيده ما وقع في سماع أصبغ من كتاب الوديعة لابن القاسم وأصبغ.

فصل

فإذا أراد صاحب الثوب إذا ادعى الصانع تلفه، أن يؤدي إليه أجرة عمله

---

(١٤) فيه: ت، عنده: ح ٢، له: هـ.

ويضمنه قيمته معمولاً، لم يكن ذلك له إلا أن يقر الصانع أنه تلف بعد العمل، فيكون لرب الثوب أو يؤدي إليه أجرة عمله ويضمنه قيمة ثوبه معمولاً إن شاء على القول الذي يرى أنه إذا قامت البينة على تلفه معمولاً، لزمه أداء أجرة العمل، وتكون مصيبته منه، وهو أحد قولي ابن القاسم في كتاب ابن المواز، ألا ترى أنه على هذا القول لو أقام الصانع البينة على أنه قد عمل الثوب وادعى تلفه منه بعد العمل، لوجب على رب الثوب أن يؤدي أجرة العمل[١٥] ويُضمنه قيمة الثوب معمولاً؛ فإذا ادعى ذلك ولم يبينه[١٦] كان لرب الثوب أن يصدقه في دعواه إن شاء، وعلى ما في سماع يحيى من كتاب الرواحل والدواب في مسألة المستأجر على حمل الطعام يتعدى عليه فيبيعه في الطريق، وما في سماع أصبغ عن ابن القاسم من كتاب تضمين الصناع في القمح ينقص عند الطحان يلزم رب الثوب أن يؤدي أجرة العمل[١٧] ويضمنه قيمة الثوب معمولاً إذا ادعى الصناع ضياعه قبل العمل أو بعده خلاف ما في المدونة.

فصــل

وكذلك يضمن[١٨] الصناع كل ما أتى على أيديهم من خرق أو كسر أو قطع إذا عمله في حانوته، وإن كان صاحبه قاعداً معه، إلا ما كان فيه تغرير من الأعمال مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق[١٩] الخبز عند الفران أو الثوب[٢٠] في قدر الصباغ، وما أشبه ذلك؛ فإنه لا ضمان عليهم فيما أتى على أيديهم فيه، إلا أن يعلم أنه تعدى فيها أو أخذها على غير وجه ما أخذها فيضمن حينئذ؛ ومثل ذلك البيطار يطرح الدابة فتموت من ذلك، أو الخاتن يختن الصبي

---

(١٥) أجرة العمل: ح ٢ هـ، قيمة العمل: ت.
(١٦) لم يبينه: ح ٢ هـ، لم يأت ببينة: ت.
(١٧) أجرة العمل: ح ٢ هـ، قيمة العمل: ت.
(١٨) يضمن: ح ٢ هـ، تضمين: ت.
(١٩) واختراق: ح ٢ هـ، أو إحراق: ت.
(٢٠) أو الثوب: ح ٢ هـ، والثوب: ت.

فيموت من ختانه، أو الطبيب يسقي المريض فيموت من سقيه، أو يكويه فيموت من كيه، أو يقطع منه شيئاً فيموت من قطعه، أو الحجام يقلع ضرس الرجل فيموت المقلوع ضرسه، فلا ضمان على واحد من هؤلاء في مـاله ولا على عاقلته في جميع هذا، لأنه مما فيه التغرير على ذلك الشيء، فكأن صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه؛ وهذا إذا لم يخطىء في فعله، وأما إذا أخطأ في فعله مثل أن يسقي الطبيب المريض ما لا يوافق مرضه، أو تزل يد الخاتن، أو القاطع فيتجاوز في القطع أو يد الكاوي فيتجاوز في الكي، أو يد الحجام فيقلع غير الضرس التي أمر بها، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: ألا يكون من أهل المعرفة فيغر[21] من نفسه.

والثاني: أن يكون من أهل المعرفة فلا يغر من نفسه.

فأما إذا كان من أهل المعرفة، ولم يغر من نفسه، فذلك خطأ يكون على العاقلة إلا أن يكون أقل من الثلث، فيكون ذلك في مـاله. وأما إن كان ممن لا يحسن وغر من نفسه، فعليه العقوبة من الإمام بالضرب والسجن، واختلف في الدية فقيل إنها تكون عليه في ماله ولا يكون على العاقلة من ذلك شيء وهو ظاهر قول مالك في سماع ابن القاسم وأشهب من كتاب السلطان، وقال عيسى بن دينار ـ من رأيه ذلك خطأ ـ وهو على العاقلة إن كان الثلث فصاعداً، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في كتاب الديات؛ قال في الطبيب يسقي النصراني أو المسلم الدواء فيموت منه، أنه لا شيء عليه إلا أن يعلم أنه أراد قتله، لأن تأويل ذلك أن الدية على عاقلته مثل قول ابن دينار.

فصـــل

فإن اشترط الصانع أنه لا ضمان عليه لم ينفعه شرط وكان عليه الضمان، هذا قول مالك ـ رحمه الله ـ في المدونة، وفي سماع أشهب من كتاب تضمين الصناع من العتبية، وينبغي على هذا القول أن يكون له أجر مثله لأنه إنما رضي بالأجر

(٢١) فيغر: ح ٢ هـ، فغر: ت.

المسمى، لإسقاط الضمان عنه، وقال أشهب: ينفعه الشرط ويسقط عنه الضمان، فعلى قوله يكون له الأجر المسمى، وكذلك المستعير، والمرتهن، إذا اشترطا ألا ضمان عليهما فيما يغاب عليه، لم ينفعهما الشرط على مذهب مالك وابن القاسم، خلاف قول أشهب، لأنه إذا أعمل الشرط في الصناع وأسقط عنهم الضمان، فأحرى أن يعمله في المستعير ويسقط عنه الضمان، وله في بعض روايات العتبية من كتاب العاريات أن الشرط باطل، مثل قول ابن القاسم، والذي يوجبه النظر أن يكون الشرط عاملاً في المستعير، لأنه إذا أعاره ما يغاب عليه وأسقط عنه فيه الضمان، فقد فعل معه معروفين؛ وكذلك الرهن إذا لم يكن مشترطاً في أصل البيع، وإن طاع له بعد عقد البيع، فيتحصل في هذا ثلاثة أقوال، إعمال الشرط، وإبطاله، والفرق بين المستعير والمرتهن بعد عقد البيع، وبين الصانع والمرتهن في عقد البيع.

فصـــل

وأما إذا اشترط على المستعير والمرتهن الضمان فيما لا يغاب عليه، فقول مالك أن الشرط باطل ينبغي إذا اشترط المعير على المستعير الضمان فيما لا يغاب عليه فأسقط عنه بالحكم ـ أن يلزم الإجارة في استعماله ـ، لأن ذلك[٢٢] قد خرج من حد العارية وسننها إلى باب الإجارة الفاسدة، لأن رب الدابة لم يرض أن يعيره إياها إلا بأن يحرزها في ضمانه، وقد رأيت بذلك رواية عن أشهب حكاها أبو إسحاق التونسي وقال: إن ظاهر ما في المدونة خلاف ذلك أن الشرط باطل ولا أجرة عليه، وقول أشهب ظاهر، وما ينبغي أن يحمل إلا[٢٣] على التفسير؛ وقع قول أبي إسحاق في كتاب الرهون من كتابه، وحكى ابن حبيب عن مطرف في ذلك تفصيلاً، وهو أنه إن كان شرط عليه الضمان لأمر خافه من طريق مخوفة أو لصوص أو ما أشبه ذلك، فيلزمه الشرط إن تلف في ذلك المعنى الذي خافه، وإن تلف في سواه، لم يلزمه الشرط؛ وقال أصبغ: لا شيء عليه في الوجهين جميعاً وهو مذهب مالك وبالله التوفيق.

(٢٢) لأن ذلك، ح ٢، لأنه: هـ.

(٢٣) كلمة (إلا) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ ـ والمعنى يقتضيها.

كتـــاب الأقضيـــة

ما جاء في الأقضية

انفرد الله تبارك وتعالى بالحكم والقضاء بين عباده في الآخرة فقال سبحانه: ﴿ واللهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ، وَالذِينَ تَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ لَا يَقْضُونَ بِشَيْءٍ ﴾(١). وقال تعالى: ﴿ إنَّ رَبَّكَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ بِحُكْمِهِ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْعَلِيمُ ﴾(٢). وقال: ﴿ إنَّ رَبَّكَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فِيمَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ ﴾(٣). وقال: ﴿ وَقُضِيَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ وَهُمْ لَا يُظْلَمُون ﴾(٤). وقال: ﴿ وَنَضَعُ الْمَوازِينَ القِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ فَلَا تُظْلَمُ نَفْسٌ شَيْئاً وَإنْ كَانَ مِثْقَالُ حَبَّةٍ مِنْ خَرْدَلٍ أَتَيْنَا بِهَا وَكَفَى بِنَا حَاسِبِينَ ﴾(٥).

وصرف ـ تبارك وتعالى ـ الحكم والقضاء بينهم في الدنيا إلى من استخلفه في الأرض عليهم من الأنبياء، ومن بعدهم من الخلفاء وأولي الأمر من القضاة والحكام والعلماء، وفرض عليهم العدل بينهم في الحكم، وألاَّ يتبعوا الهوى، ولا يشتروا بآياته ثمناً قليلاً، فقال تعالى: ﴿ إنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ

---

(١) الآية: ٢٠ ـ سورة غافر.

(٢) الآية: ٧٨ ـ سورة النمل.

(٣) الآية: ٩٣ ـ سورة يونس.

(٤) الآية: ٥٤ من نفس السورة.

(٥) الآية: ٤٧ ـ سورة الأنبياء.

بِمَا أَرَاكَ اللهُ وَلاَ تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً ﴾(٦). وقال: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدىً وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلاَ تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِ وَلاَ تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَناً قَلِيلاً، وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾(٧). وقال: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾(٨). وقال: ﴿ وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ الإِنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فِيهِ، وَمَن لَّمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾(٩). وقال: ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾(١٠). وقال تعالى: ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلاَ تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾(١١). وَقَالَ تَعَالَى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ للهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ، إِنْ يَكُنْ غَنِيّاً أَوْ فَقِيراً فَاللهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلاَ تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا، فَإِنَّ اللهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً ﴾(١٢).

فصل

وفرض لهم على الناس التسليم والطاعة والانقياد، فقال تعالى: ﴿ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾(١٣) الآية. وقال تعالى:

---

(٦) الآية: ١٠٥ ـ سورة النساء.
(٧) الآية: ٤٤ ـ سورة المائدة.
(٨) الآية: ٤٥ ـ من نفس السورة.
(٩) الآية: ٤٧ ـ السورة نفسها.
(١٠) الآية: ٤٢ ـ نفس السورة.
(١١) الآية: ٢٦ ـ سورة ص.
(١٢) الآية: ١٣٥ ـ سورة النساء.
(١٣) الآية: ١٦٣ ـ من نفس السورة.

﴿وَأَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنْكُمْ﴾[14]، فقارن ـ تعالى ـ طاعته بطاعة رسوله ـ عليه السلام ـ وبطاعة أولي الأمر من عباده. وقال ـ ﷺ ـ: «**مَنْ أَطَاعَنِي فَقَدْ أَطَاعَ الله، وَمَنْ عَصَانِي فَقَدْ عَصَى الله، وَمَنْ أَطَاعَ أَمِيري فَقَدْ أَطَاعَنِي، وَمَنْ عَصَى أَمِيري فَقَدْ عَصَانِي**»[15].

فصل

فمن عصى إماماً أو قاضياً أو حكماً من الحكام فيما أمر به من الحق أو حكم فيه بوجه العدل، فقد عصى الله ورسوله، وتعدى حدوده؛ وأما إن قضى بغير العدل، أو أمر بغير الحق، فطاعته غير لازمة، لقول رسول الله ـ ﷺ ـ: «**لاَ طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ**»[16]، إلا أن يخشى أن تؤدي مخالفته إلى هرج أو فساد، فتجب عليه الطاعة[17] على كل حال.

فصل

فالحكم بين الناس بالعدل من أفضل أعمال البر وأعلى درجات الأجر. قال تبارك وتعالى: ﴿ **وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ** ﴾. وقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «**الْمُقْسِطُونَ عَلَى مَنَابِرَ مِن نُورٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى يَمِينِ الرَّحْمَنِ وَكِلْتَا يَدَيْهِ يَمِينٌ**»[18]. وقال ـ ﷺ ـ: «**سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمُ اللهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لاَ ظِلَّ إِلاَّ ظِلُّهُ**»[19]. فبدأ بالإمام العادل، وظل الله في هذا الحديث رحمته وجنته.

---

(١٤) الآية: ١٥٩ ـ السورة نفسها.

(١٥) أخرجه أحمد والبخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث أبي هريرة، انظر الفتح الكبير ١٦٣/٣.

(١٦) أخرجه أحمد والحاكم في المستدرك من حديث عمران بن حصين والحكم بن عمرو الغفاري. انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٤٣٢/٦.

(١٧) عليه الطاعة: ح ٢ هـ، طاعته: ت.

(١٨) رواه أحمد ومسلم والنسائي من حديث عمرو بن العاص. انظر الترغيب والترهيب ١٦٧/٣.

(١٩) حديث متفق عليه.

قال الله عز وجل: ﴿ إِنَّ الْمُتَّقِينَ فِي ظِلَالٍ وَعُيُونٍ ﴾[20]، وقال: ﴿ أُكُلُهَا دَائِمٌ وَظِلُّهَا ﴾[21]؛ ومن كان في ظل الله ورحمته يوم القيامة فهو آمن من هول الموقف وشدته، سالم مما يلحق الناس فيه من الشدة والضيق، وهذه نهاية في الأجر والثواب.

فصـــل

والجـور في الأحكام واتباع الهوى فيها من أعظم الذنوب وأكبر الكبائر، قال الله عز وجل: ﴿ وَأَمَّا الْقَاسِطُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ حَطَباً ﴾[22]. وقال رسول ـ ﷺ ـ: «إِنَّ أَعْتَى[23] النَّاسِ عَلَى اللهِ وَأَبْغَضَ النَّاسِ إِلَى اللهِ وَأَبْعَدَ النَّاسِ مِنَ اللهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ وَلَّاهُ مِنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ شَيْئاً ثُمَّ لَمْ يَعْدِلْ فِيهِمْ»، وقال ـ ﷺ ـ: «مَا مِنْ أَحَدٍ أَقْرَبَ[24] مِنَ اللهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بَعْدَ مَلِكٍ مُصْطَفًى أَوْ نَبِيٍّ[25] مُرْسلٍ مِنْ إِمَامٍ عَادِلٍ، وَلا أَبْعَدَ مِنَ اللهِ مِنْ إِمَامٍ جَائِرٍ يَأْخُذُ بحبه»[25م] أي يحكم[26] بهواه.

فصـــل

فالقضاء محنة، ومن دخل فيه فقد ابتلي بعظيم؛ لأنه قد عرض نفسه للهلاك، إذ التخلص منه على ما ابتلي به عسير؛ روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: وددت أن أنجو من هذا الأمر كفافاً لا لي ولا عليّ. وروي عن أبي

---

(٢٠) الآية: ٤١ سورة المرسلات.
(٢١) الآية: ٢٥ ـ سورة الرعد.
(٢٢) الآية: ١٥ ـ سورة الجن.
(٢٣) العتو: التجبر والتكبر.
(٢٤) أقرب: ح ٢ هـ، له قرب: ت.
(٢٥) أو نبي: ح ٢ هـ، ونبي: ت.
(٢٥م) رواه الترمذي والطبراني في الأوسط من حديث أبي سعيد ـ مع اختلاف يسير، انظر الترغيب والترهيب للمنذري ١٦٧/٣.
(٢٦) أي يحكم: ت ح ٢، ويحكم: هـ.

هريرة أنه قال: من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين. وقال أبو قلابة: مثل القاضي العالم[٢٧] كالسابح في البحر، فكم عسى أن يسبح حتى يغرق. وكتب سلمان إلى أبي الدرداء بلغني أنك جعلت طبيباً تداوي، فإن كنت تبرىء، فنعما لك وإن كنت متطبباً فاحذر أن تقتل إنساناً فتدخل النار! فكان أبو الدرداء إذا قضى بين اثنين ثم أدبرا عنه نظر إليهما فقال: ارجعا إليّ أعيدا عليّ قصتكما ـ متطبب والله.

فصل

فالهروب عن القضاء واجب، وطلب السلامة منه لا سيما في هذا الوقت لازم؛ وقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه دعا رجلاً ليوليه فأبى، فجعل يديره على الرضى فيأبى[٢٨] حتى قال: أنشدك الله يا أمير المؤمنين أي ذلك تعلم خيراً لي؟ قال: ألا تلـي، قال: فاعفني. قال: قد فعلت. وقال مالك: قال لي عمر ابن حسين: ما أدركت قاضياً استقضى بالمدينة إلا رأيت كآبة القضاء وكراهيته في وجهه، إلا قاضيين سماهما.

فصل

وطلب القضاء والحرص عليه حسرة وندامة يوم القيامة، روي عن النبي ـ عليه السلام ـ أنه قال: **ستحرصون على الإمارة وتكون حسرة وندامة يوم القيامة، فنعمت المرضعة، وبئست الفاطمة**[٢٩]. فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه، وكل إليه وخيف فيه الهلاك عليه، ومن لم يسأله[٣٠] وامتحن به، وهو كاره له خائف على نفسه فيه، أعانه الله عليه[٣١]. روي عن النبي ـ عليه السلام ـ أنه قال: «من **طلب الْقَضَاءَ أَوِ اسْتَعَانَ[٣١] عَلَيْهِ وُكِلَ إِلَيْهِ، وَمَنْ لَمْ يَطْلُبْهُ وَلَا اسْتَعَانَ[٣١] عَلَيْهِ**،

---

(٢٧) القاضي العالم: ح ٢ هـ، العالم القاضي: ت.
(٢٨) فيأبى: ح ٢ هـ، فأبى: ت.
(٢٩) حديث متفق عليه، انظر الترغيب والترهيب للمنذري ٣/١٦٠.
(٣٠) يسأله: ح ٢ هـ، يسأل الفضاء: ت.
(٣١ ـ ٣١) استعان: ح ٢ هـ، استعدى: ت.

أَنْزَلَ اللهُ مَلَكاً يُسَدِّدُهُ»[٣٢]. وقال ﷺ: «لَا تَسَلِ الإِمَارَةَ فَإِنَّكَ إِنْ تُؤْتَهَا مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ، تُعَنْ عَلَيْهَا، وَإِنْ تُؤْتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ تُوكَلْ إِلَيْهَا»[٣٣].

فصـــل

فيجب[٣٤] ألا يولى القضاء من أراده وطلبه، وإن تجمعت فيه شروط القضاء مخافة أن يوكل إليه فلا يقوم به ولا يقوى عليه. قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «**إِنَّا لَا نَسْتَعْمِلَ عَلَى عَمَلِنَا مَنْ أَرَادَهُ**»[٣٥]، ونظر عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى شاب في وفد وفد عليه فاستحلاه وأعجبه، فإذا هو يسأله القضاء، فقال له عمر: كدت أن تغرنا من[٣٦] نفسك إن الأمر لا يقوى عليه من يحبه.

فصـــل

وللقضاء خصال مشترطة في صحة الولاية، وخصال ليست مشترطة في صحة الولاية، إلا أن عدمها توجب عزل القاضي عن الولاية، وخصال ليست مشترطة في صحة الولاية ولا يوجب عدمُها عزل القاضي عن الولاية إلا أنها مستحبة فيها؛ ويستحب بعدمها عزله عنها؛ فأما الخصال المشترطة في صحة الولاية، فهي أن يكون حراً مسلماً بالغاً ذكراً عاقلاً واحداً، فهذه الستة خصال لا يصح أن يولى القضاء على مذهبنا إلا من اجتمعت فيه، فإن ولي من لم تجتمع فيه، لم تنعقد له الولاية، وإن انخرم شيء منها بعد انعقاد الولاية، سقطت الولاية؛ وقال أبو حنيفة: يجوز أن تلي القضاء المرأة في الأموال دون القصاص، وقال محمد بن الحسن ومحمد بن جرير الطبري: يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال؛ وأما الخصال التي ليست مشترطة في صحة الولاية إلا أن عدمها يوجب فسخ الولاية،

---

(٣٢) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس ـ بألفاظ مختلفة.
انظر الترغيب والترهيب ٣/١٦٢ ـ ١٦٣.

(٣٣) حديث متفق عليه ـ المرجع السابق.

(٣٤) فيجب: ح ٢ هـ، يجب: ت.

(٣٥) رواه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والنسائي من حديث أبي موسى، انظر الفتح الكبير ١/ ٤٣٠.

(٣٦) من نفسك: هـ، نفسك ـ بإسقاط (من): ح ٢.

فهي أن يكون سميعاً بصيراً متكلماً عدلاً؛ فهذه الأربع خصال لا يجوز أن يولى القضاء إلا من اجتمعت فيه؛ فإن[37] ولي من لم تجتمع فيه، وجب أن يعزل متى عثر عليه، ويكون ما مضى من أحكامه جائزة[38] إلا الفاسق الذي ليس بعدل، فاختلف فيما مضى من أحكامه، فقيل: إنها جائزة وهو قول أصبغ، وقيل: إنها مردودة، وهو المشهور في المذهب؛ فعلى هذا القول العدالة مشترطة في صحة الولاية كالإسلام والحرية والبلوغ والعقل والذكورة، على مذهبنا والتوحد. وأما الخصال المستحبة فكثيرة، منها أن يكون من أهل البلد، ورعاً، عالماً، يسوغ له الاجتهاد غنياً ليس بمحتاج ولا مديان، معروف النسب ليس بابن لعان ولا ولد زنا، جزلاً نافذاً، فطناً غير مخدوع لغفلة، ولا محدود في زنا ولا قذف، ولا مقطوع في سرقة، وروي عن عمر بن عبد العزيز منها خمس خصال، وهي: أن يكون عالماً بالفقه والسنة، ذا نزاهة عن الطمع، مستخفاً بالأئمة. يريد أنه يدير الحق على من دار عليه ولا يبالي بمن لامه على ذلك؛ وقيل باللائمة يريد أنه يقضي بالحق ولا يهابهم فيه، والأول آمن، حليماً عن الخصم، مستشيراً لأولي العلم؛ وروي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: لا يصلح أن يلي القضاء إلا من كان حصيف العقل، شديداً في غير عنف، ليناً في غير ضعف، قليل الغرة، بعيد الهيبة، لا يطلع الناس منه على عورة؛ ومن الخصال المستحبة على ما يوجبه مذهبنا: ألا يكون أمياً، وليس لأصحابنا في ذلك[39] نص، ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان، أحدهما: المنع، والآخر: الجواز، والأظهر عنده الجواز، لأن إمام المسلمين وسيد المرسلين وأفضل الحاكمين كان أمياً ومن طريق المعنى أنه لا يلزمه قراة العقود ويجوز أن ينوب عنه في ذلك وفي تقييد المقالات غيره، وأن للمنع من ذلك وجهاً، لما فيه من تضييق وجوه الحكم، والنبي عليه السلام ليس كغيره، لأنه معصوم؛ فهذه الخصال المستحبة ينبغي توخيها وبعضها آكد من بعض، فيقدم الذي يجتمع فيه منها آكرها، وقد قال مالك رحمه الله: لا أرى

---

(٣٧) فإن: ح ٢ هـ، وإن: ت.

(٣٨) جائزة: ح ٢ هـ، جائزاً: ت.

(٣٩) وليس لأصحابه في ذلك: ح ٢ هـ، وليس في ذلك لأصحابه: ت ـ ففيهما تقديم وتأخير.

خصال القضاء تجتمع اليوم في أحد، فإذا اجتمع فيه منها خصلتان، رأيت أن يولى العلم والورع. قال ابن حبيب: فإن لم يكن علم[٤٠] فعقل وورع، فبالعقل يسئل وبالورع يقف؛ وإذا طلب العلم وجده وإن طلب العقل لم يجده. يريد بالعقل العقل الحصيف، وأما العقل الذي يوجب التكليف، فإنما هو مشترط في صحة الولاية على ما قدمناه. قال ابن حبيب: ويكون عالماً بالسنة والآثار ووجه الفقه الذي يؤخذ منه الكلام. حكي ذلك عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ، قالوا: ولا يصلح أن يكون صاحب رأي لا علم له بالسنة ولا بالآثار، ولا صاحب حديث ولا علم بالفقه والرأي، لأنه يخاف من الجهل مثل ما يخاف من الجور. قال أصبغ: ويعزل الجاهل إلا ألاَّ يوجد غيره، فيقر ويؤمر أن يستكثر من المشورة، ويتفقد أمره في كل حين. قال: وإذا لم يجد الإمام إلا رجلين، أحدهما عدل مأمون لا علم له بالقضاء والسنة، والآخر عالم وليس مثل الآخر في العدالة، فإن كان العالم لا بأس بحاله وعفافه، وإن كان دون الآخر، فليول هذا، وإن كان غير مرضي ولا موثوق به في عفافه وصلاحه، ولعله يقارب ما لا ينبغي، فلا يولى هذا ولا هذا إلا ألا يوجد غيرهما! فإن لم يجد غيرهما ولي العدل القصير العلم، وليجتهد وليستشر، وإن وجد من يجمع العلم والعدل، فلا يولى غيره وإن لم يكن من أهل البلد؛ وقال سحنون[٤١]: وإن كان الرجل العالم فقيراً وهو أعلم من بالبلد وأرضاهم، استحق القضاء، ولكن لا ينبغي أن يجلس حتى يغنى ويقضي عنه دينه، قال: ولا بأس أن يستقضى ولد الزنا ولا يحكم في الزنا، كما أن القاضي لا يحكم لابنه.

فصل

فالقضاة[٤٢] ثلاثة كما روي عن النبي ـ عليه السلام ـ: «**وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ وَاثْنَانِ فِي النَّارِ، فَأَمَّا الذِي فِي الجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَأَمَّا الذِي فِي النَّارِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى بَيْنَ النَّاسِ**

(٤٠) علم فعقل وورع: ت، علم وورع فعقل: ح ٢ هـ.

(٤١) وقال سحنون: ح ٢ هـ، قال سحنون: ت.

(٤٢) فالقضاة: ت ح ٢، والقضاة: هـ.

عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ»[٤٣]، وروي عنه ـ عليه السلام ـ أنه قال: «الْحُكَّامُ ثَلَاثَةٌ اثْنَانِ فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، حَكَمٌ جَهِلَ فَخَسِرَ فَأَهْلَكَ أَمْوَالَ النَّاسِ وَأَهْلَكَ نَفْسَهُ فَفِي النَّارِ، وَحَكَمٌ عَلِمَ فَهَزَلَ[٤٤] ـ يعني جار ـ فَأَهْلَكَ أَمْوَالَ النَّاسِ وَأَهْلَكَ نَفْسَهُ فَفِي النَّارِ، وَحَكَمٌ عَلِمَ فَعَدَلَ وَأَحْرَزَ أَمْوَالَ النَّاسِ وَأَحْرَزَ نَفْسَهُ فَفِي الْجَنَّةِ».

وروي عن ابن عمر أنه قال: بلغني أَنَّ الْقُضَاةَ ثَلَاثَةٌ، رَجُلٌ جَارَ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ تَكَلَّفَ فَقَضَى بِمَا لَا يَعْلَمُ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ عَلِمَ فَاجْتَهَدَ فَذَلِكَ يَنْجُو كَفَافاً لَا لَهُ وَلَا عَلَيْهِ. وهذا يرده الحديث، قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»[٤٥]. وقال إياس بن معاوية للحسن بلغني أن القضاة ثلاثة، فذكر فيهم[٤٦]: رجل اجتهد فأخطأ فهو[٤٧] في النار، فقال الحسن: إن فيما قضى الله علينا من نبأ داود وسليمان[٤٨] ما يرد قول هؤلاء الناس. يقول الله سبحانه: ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ، فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَان وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْماً وَعِلْماً ﴾[٤٩]، فأثنى على سليمان ولم يذم داود، وقد روي في حديث معاذ بن جبل أن النبي ـ ﷺ ـ أذن له أن يجتهد رأيه فيما لم يكن في الكتاب والسنة، قال له لما بعثه إلى اليمـن: «كَيْفَ تَقْضِي؟»، قال له: أقضي بما في كتاب الله، قال: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللهِ؟»، قال: ففي سنة رسوله، قال: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ؟»، قال: أجتهد رأيي، فقال: «الْحَمْدُ للهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَه»[٥٠].

---

(٤٣) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث بريدة.
انظر الترغيب والترهيب ٣/١٥٥ ـ ١٥٦.

(٤٤) فهزل: ت ح ٢، فجهل: هـ.

(٤٥) حديث متفق عليه.

(٤٦) فيهم: ت ح ٢، منهم: هـ.

(٤٧) فهو في: ت ح ٢، ففي: هـ.

(٤٨) وسليمان: ح ٢ هـ، وابنه سليمان: ت.

(٤٩) الآية: ٧٨ ـ سورة الأنبياء.

(٥٠) أخرجه أبو داود والترمذي، انظر ذخائر المواريث للنابلسي ٣/١٠٤.

فإذا اجتهد الحاكم فله أجر الاجتهاد وإن أخطأ باجتهاده. روي عن النبي ـ عليه السلام ـ أنه قال: «**إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَان، وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ**».

فصـــل[٥١]

وهذا إذا كان من أهل الاجتهاد، وأما إن لم يكن من أهل الاجتهاد، فهو آثم وإن أصاب باجتهاده لتقحمه وجرأته على الله في الحكم بغير علم.

فصـــل

فيحكم الحاكم بما في كتاب الله، فإن لم يكن، ففيما جاء عن رسول الله ـ ﷺ ـ إذا صحبته الأعمال؛ فإذا كان خبراً صحبت غيره الأعمال، قضى بما صحبته الأعمال، وهذا معلوم من أصول مالك ـ رحمه الله ـ أن العمل مقدم على أخبار الآحاد، وكذلك القياس عنده مقدم على أخبار الآحاد، على ما ذهب إليه أبو بكر الأبهري، فإن لم يجد في السنة في ذلك شيئاً، نظر في[٥٢] أقوال الصحابة فقضى بما اتفقوا عليه، فإن اختلفوا قضى بما صحبته الأعمال من ذلك فإن لم يصح عنده أيضاً اتصال العمل بقول بعضهم، تخير من أقوالهم ولم يخالفهم جميعاً، وقد قيل إن له أن يجتهد وإن خالفهم جميعاً، وكذلك الحكم في إجماع التابعين بعد الصحابة، وفي كل إجماع ينعقد في كل عصر من الأعصار إلى يوم القيامة، لقول الله عز وجل: ﴿ **وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّه مَا تَوَلَّى وَنُصْلِه جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيراً** ﴾[٥٣]. ولقول رسول الله ـ ﷺ ـ: «**لَنْ تَجْتَمِعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ**»[٥٤]، وأنه قال: «**يَدُ اللهِ عَلَى الْجَمَاعَةِ**»[٥٥].

---

(٥١) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٥٢) في: ح ٢ هـ، إلى: ت.

(٥٣) الآية: ١١٥ ـ سورة النساء.

(٥٤) أخرجه ابن ماجه من حديث أنس بن مالك، انظر السنن ٤٦٤/٢.

(٥٥) أخرجه الترمذي من حديث ابن عباس.
انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٤٥٩/٦.

فإذا تضمن الله حفظ الجماعة، لم يجز عليها الغلط والسهو، فإن لم يجد في النازلة إجماعاً، قضى فيها بما يؤديه النظر والاجتهاد في القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم، فإن اجتمعوا على شيء، أخذ به، وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقوالهم عنده، وإن رأى خلاف رأيهم قضى بما رأى، إذا كان نظيراً لهم، وإن لم يكن من نظرائهم، فليس له ذلك، قاله ابن حبيب، وهو[٥٦] قول فيه اعتراض، والصحيح أنه إذا كان من أهل الاجتهاد، فله أن يقضي بما رأى، وإن كانوا أعلم منه؛ لأن التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه بإجماع، وإنما يصح له التقليد على مذهب من يرى التقليد ويقول به ما لم يتبين له في النازلة حكم، فإنما[٥٧] الخلاف هل للمجتهد أن يترك النظر والاجتهاد، ويقلد من قد نظر واجتهد أم لا على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك له.

والثاني: أن ذلك ليس له.

والثالث: أن ذلك ليس له إلا أن يخاف فوات النازلة، وأما إن لم يكن من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة والتقليد، فإن اختلف عليه العلماء، قضى بقول أعلمهم، وقيل بقول أكثرهم على ما وقع في المدونة في الحكاية عن الفقهاء السبعة، والأول أصح. وقيل: إن له أن يحكم بقول[٥٨] من شاء منهم، إذا تحرى الصواب بذلك ولم يقصد الهوى، وله أن يكتفي بمشورة واحد من العلماء، فإن فعل ذلك فالاختيار أن يشاور أعلمهم، فإن[٥٩] شاور من دونه في العلم وأخذ بقوله، فذلك جائز إذا كان المشاور أهل النظر والاجتهاد.

---

(٥٦) وهو: ح ٢ هـ، وهذا: ت.
(٥٧) فإنما: ح ٢ هـ، وإنما: ت.
(٥٨) بقول من شاء: ح ٢ هـ، بما شاء: ت.
(٥٩) فإن: ح ٢ هـ، وإن: ت.

فصــل

والاجتهاد بذل الوسع في طلب صواب الحكم، وهذا على مذهب من قال إن الحق في طرف واحد، وأن المكلف إنما كلف طلب الحقِ ولم يكلف إدراكه، وهذا مذهب جماعة من أهل العلم، وقد استدل جماعة من أصحابنا على أن هذا هو مذهب مالك بقوله ـ لما سئل عن اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ: مخطىء ومصيب، وهذا لا دليل فيه؛ لاحتمال أن يريد اختلافهم فيما طريقه العلم، مثل ما وقعت بينهم فيه الحروب، أو يكون معنى قوله إن منهم من أصاب النص، ومنهم من أخطأه باجتهاده فيما طريقه الاجتهاد؛ والأول أظهر ـ والله أعلم؛ وأما عن مذهب من قال إن كل مجتهد مصيب، فالاجتهاد عنده بذل الوسع في إدراك صواب الحكم؛ وإلى هذا ذهب القاضي أبو بكر الباقلاني رحمه الله، وحكى أن هذا هو مذهب مالك واستدل على ذلك من مذهبه بأن المهدي أمره أن يجمع مذهبه في كتاب يحمل عليه الناس، فقال له مالك ـ رحمه الله: إن أصحاب رسول الله ﷺ قد تفرقوا في البلاد، وأخذ أهل كل ناحية عمن وصل إليهم، فدع الناس وما هم عليه؛ فلولا أن مالكاً ـ رحمه الله رأى أن كل مجتهد مصيب، لما رأى أن يقرهم على ما هو الخطأ عنده؛ وعلى هذا أصحاب الشافعي، وقد روي عن أبي حنيفة القولان جميعاً، وكذلك فقد روي عن أبي الحسن الأشعري ـ رحمه الله القولان جميعاً، والصحيح عنه أن كل مجتهد مصيب ـ وهو الحق والصواب، لأن المجتهد إذا اجتهد فيما لا نص فيه ولا إجماع، فأداه اجتهاده إلى تحليل أو تحريم، يعلم(٦٠) قطعاً أنه متعبد بما أداه اجتهاده إليه(٦١) من ذلك مأمور به، ولا يصح أن يأمره الله تعالى بشيء ويتعبده به وهو خطأ عنده، وقد استدل بعض من ذهب إلى أن الحق في واحد باختلاف المجتهدين في طلب سمت القبلة وهذا غلط بين، إذ ليس اختلاف المجتهدين في الأحكام كاختلاف المجتهدين في طلب سمت القبلة؛ لأن الكعبة في موضع واحد، فمن وافق جهتها باجتهاده فهو مصيب، ومن لم يوافق جهتها فهو مخطىء، لاستحالة كون الكعبة في موضعين، وليس كذلك ما عاد إلى

---

(٦٠) تحليل أو تحريم يعلم: ح ٢ هـ، تحليل التحريم فعلم: ت.

(٦١) اجتهاده إليه: ت ح ٢، إليه اجتهاده: هـ.

مسألتنا؛ لأن المجتهدين إذا اختلفا في اجتهادهما فأدى أحدهما اجتهاده إلى تحليل، والثاني إلى تحريم، فكل واحد منهما متعبد في نفسه بما أداه إليه اجتهاده، وليس في ذلك وجه من وجوه الاستحالة؛ لجواز ورود النص من عند الله تعالى به؛ فإذا جاز ورود النص به من عند الله لامتناع الاستحالة، وقام الدليل على أنه لا يجوز أن يأمر الله أحداً بشيء ويتعبده به ـ وهو خطأ عنده، وجب القول بتصويب المجتهدين وإن كان من أخطأ سمت القبلة باجتهاده فصلى إلى تلك الناحية مخطىء الكعبة فهو مصيب عند الله ـ وإن وقعت صلاته إلى غير القبلة، لأن غرضه إنما هو الاجتهاد في طلب السمت لا إدراكه؛ فالمختلفون باجتهادهم في طلب سمت القبلة مصيبون عند الله على هذا المعنى، وهذه جملة كافية لمن بصره الله وأفهمه في بيان صحة القول بتصويب المجتهدين، وهي من المسائل القطعيات.

فصـــل

فإذا صح القول بتصويب المجتهدين واستحال أن الحق في واحد بقيام الأدلة على ذلك، وجب أن يتأول قول رسول الله ﷺ: «**إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ**» على ما لا ينافي الدليل، فيقول ليس معنى قول رسول الله ﷺ في هذا الحديث: أخطأ أي أخطأ الحق عند الله، لأن الحق عنده في جهة ما تعبده به أو إنما معناه أخطأ النص إن كان قد ورد في ذلك نص لم يعلم به، أو أخطأ في الحكم بالمال لمن لم يجب له في باطن الأمر، وذلك ممكن مع الحكم بالنص لا بالاجتهاد، وذلك مثل أن يكون لرجل على رجل حق بشهادة شاهدين عدلين فيهبه له أو يقبضه منه ـ ولم يعلم الشهود بذلك، ثم يقوم عليه بحقه أو على ورثته بشهادة شهيدَيْه، فإن الحاكم يحكم له بشهادتهما ويعديه بحقه، فيكون مصيباً في الحكم عند الله بحكمه بنص الكتاب مخطئاً في دفع المال إلى من لم يجب له فيه حق في باطن الأمر؛ وإذا احتمل الحديث هذه الوجوه، بطل الاحتجاج به في أن الحق واحد، وكذلك سائر ما يحتجون به ينفصل عنه بوجوه كثيرة من الانفصالات، وليس هذا موضع ذكرها.

فصــل

وحكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً على من علمه في باطن الأمر، لأن الحاكم إنما يحكم بما ظهر ـ وهو الذي تعبد به ولا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من تحليل أو تحريم؛ قال الله عزّ وجلّ: «**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنَ أَمْوَالِ النَّـاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**»(٦٢). وقال رسول الله ﷺ: «**إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَن قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئاً، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ**»(٦٣). وهذا إجماع من أهل العلم في الأموال، واختلفوا في حل عصمة النكاح أوْ عقدها بظاهر ما يقضي به الحكم وهو خلاف الباطن، فذهب مالك رحمه الله والشافعي وجمهور أهل العلم إلى أن الأموال والفروج في ذلك سواء، لأنها حقوق كلها تدخل تحت عموم قول النبي ﷺ: «**فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ**». فلا يحل منها القضاء الظاهر ما هو حرام في الباطن. وقال أبو يوسف وأبو حنيفة وكثير من أصحابه: إنما ذلك في الأموال خاصة؛ فلو أن رجلين تعمدا لشهادة بالزور على رجل أنه طلق امرأته فقبل القاضي شهادتهما لظاهر عدالتهما عنده ـ وهما قد تعمدا الكذب أو غلطا ففرق بشهادتهما بين الرجل والمرأة، ثم اعتدت المرأة، أنه جائز لأحد الشاهدين أن يتزوجها وهو عالم بأنه كاذب في شهادته؛ لأنها لما حلت للأزواج بالحكم في الظاهر، كان الشاهد وغيره سواء؛ لأن قضاء القاضي وحكمه فرق بينها وبين زوجها وقطع العصمة بينهما؛ ولولا ذلك ما حلت لزوج غيره؛ واحتجوا بحكم اللعان وقالوا معلوم أن الزوجة إنما وصلت إلى فراق زوجها باللعان الكاذب الذي لو علم الحاكم كذبها فيه، ما فرق بينها وبين زوجها، ولحكم فيه بغير ذلك من وجوب

---

(٦٢) الآية: ١٨٨ ـ سورة البقرة.

(٦٣) حديث متفق عليه، انظر الفتح الكبير ٤٣٦/١.

الحد عليها أو الرجم. قالوا: فلم يدخل هذا في معنى قول النبي عليه السلام: «مَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئاً». قالوا: ألا ترى أن من شهد عليه بالنكاح أو بالطلاق وقضى القاضي عليه بذلك، لم يكن له الامتناع منه وجاز الحكم بشهادة الشهود عليه. ولزمه التسليم له كانت فرقته في الظاهر فرقة عامة، فلما كان ذلك دخل فيه الشاهد وغيره، ولهم في ذلك احتجاجات كثيرة لا تصح، والصحيح ما ذهب إليه مالك والشافعي رحمهما الله ومن قال بقولهما.

فصل

ويستحب للقاضي الجلوس للحكم في رحاب المسجد الخارجة عنه من غير تضييق عليه في جلوسه في غيرها، ليصل إليه اليهودي والنصراني والضعيف وهو أقرب للتواضع، ولا ينبغي له أن يجلس الفقهاء معه في مجلس قضائه، ولكن يتخذهم مستشارين إذا ارتفع عن مجلس قضائه؛ وهكذا كان عمر بن الخطاب يفعل بأصحاب رسول الله ـ ﷺ. هذا قول ابن حبيب في الواضحة واستحب أشهب ألّا يقضي إلا بحضرة أهل العلم لكي إن أخطأ في حكمه رد مكانه قبل أن يفوت القضاء به، فلا يقدر على رده إلا أن يخاف الحصر من جلوسهم عنده، أو يشتغل قلبه بهم وبالحذر منهم، وهو اختيار ابن المواز؛ ولا ينبغي للقاضي أن يقضي بين الخصمين ـ وبه من الضجر أو الغضب أو الجوع أو الهم ما يخاف على فهمه منه الإبطاء والتقصير، وما كان من ذلك كله خفيفاً لا يضر به في فهمه، فلا بأس أن يقضي وذلك به.

فصل

ويلزم القاضي تحري العدل بين الخصمين عنده فيكون مجلسهما منه واحداً ونظره إليهما سواء، وقد تكلم الناس في آداب القضاة وما يلزمهم أن يلتزموه في أنفسهم وأعوانهم، وبسطوا ذلك في كتبهم، فأغنانا ذلك عن ذكره، وكتاب عمر ابن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري أصل في الأحكام فيجب تحفظه والوقوف عليه، وهو: بسم الله الرحمن الرحيم، من عبدالله عمر أمير المؤمنين إلى

عبدالله بـن قيس، سلام عليك، أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، وانفذ إذا قضيت، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له؛ آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً؛ لا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه عقلك وهُديت فيه لرشـدك أن تـرجع إلى الحق، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في[٦٤] الباطل، الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة، ثم اعرف الأشباه والأمثال فقس الأمور عند ذلك، وأعمد إلى أقربها إلى الله[٦٥] وأشبهها بالحق؛ واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة ـ أمراً ينتهي إليه، فإن أحضر بينة، أخذت له بحقه، وإلا استحللت عليه القضية؛ فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى؛ المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد، أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنيناً في ولاء أو نسب، فإن الله تولى منكم السرائر ودرأ بالبينات والأيمان، وإياك والقلق والضجر والتـأذي بالخصوم، والتنكر عند الخصومات، فإن الحق في مواطن الحق يعظم الله به الأجر ويحسن عليه الذخر، فمن صحت نيته وأقبل على نفسه، كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تخلق للناس بما يعلم الله أنه ليس من نفسه، شانه الله، فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه، وخزائن رحمته ـ والسلام[٦٦].

---

(٦٤) في: ح ٢ هـ، على: ت.

(٦٥) إلى: ح ٢ هـ، على: ت.

(٦٦) أوردها بسندها الدارقطني في السنن ٢/٥١٢، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٩٠، وسواهما وطعن ابن حزم في روايتها.
انظر المحلى ٩/٣٩٩.

كتاب الشهادات[1]

قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً** ﴾ ـ أي خِياراً عُدُوْلاً[2] ـ ﴿ **لِتَكُونُوا شَهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُون الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً** ﴾[3].

فصــل

وهذه الشهادة تكون في الدنيا ويوم القيامة في الأخرى ـ على ما أتت به الآثار عن النبي عليه السلام، فأما كونها في الدنيا، فبيانه: ما روي أن رسول الله ـ ﷺ ـ مر عليه بجنازة فقيل لها خير وتتابعت الألسن بالخير، فقال رسول الله ﷺ: «**وَجَبَتْ**»؛ ومر عليه بجنازة فقيل لها شر وتتابعت الألسن بالشر؛ فقال رسول الله ﷺ: «**وَجَبَتْ، أَنْتُمْ شُهَدَاء الله في الأَرْض**»[4]، زاد في حديث آخر: «**فمنْ أَثْنَيْتُمْ عَلَيْهِ خَيْراً وَجَبَتْ لَهُ الْجَنَّةُ، وَمَنْ أَثْنَيْتُمْ عَلَيْهِ شَرّاً وَجَبَتْ لَهُ النَّارُ**»[5]، وما روي عنه أيضاً أنه قال: «**إِذَا أَرَدْتُمْ أَنْ تَعْلَمُوا مَا لِلْعَبْدِ عِنْدَ رَبِّهِ، فَانْظُرُوا مَاذَا يَتْبَعُهُ**

---

(١) هكذا في ح ٢ بتقديم (كتاب الشهادات) على (حريم الآبار)، وفي ت هـ ـ العكس، والأنسب بترتيب المدونة نسخة ح ٢.

(٢) جملة (أي خياراً عدولاً) جاءت في ت مؤخرة بعد (لتكونوا شهداء على الناس)، وهي ساقطة في هـ.

(٣) الآية: ١٤٣ ـ سورة البقرة.

(٤) حديث متفق عليه.

(٥) وجعلهما حديثاً واحداً في الجامع الصغير.
انظر فيض القدير ٢٨/٦.

مِنْ حُسْنِ الثَّنَاءِ». وأما كونها يوم القيامة، فبيانه: ما روي في الحديث أن النبي عليه السلام قال: «يُدْعَى بِنُوحٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَيُقَالُ لَهُ: هَلْ بَلَّغْتَ مَا أُرسِلْتَ بِهِ؟ فَيَقُولُ نَعَمْ، فَيُقَالُ لِقَوْمِهِ: هَلْ بَلَّغَكُمْ؟ فَيَقُولُونَ مَا جَاءَنَا مِنْ بَشِيرٍ وَلاَ نَذِيرٍ[٦]، فَيُقَالُ لَهُ[٧] مَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ؟ فَيَقُولُ: مُحَمَّدٌ وَأُمَّتُهُ، فَيَأْتُونَ فَيَشْهَدُونَ لَهُ بِالتَّبْلِيغِ. ويُرْوى أَنَّ الله تعالى إِذَا جَمَعَ عِبَادَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، كَانَ أَوَّلَ مَنْ يُدْعَى إِسْرافِيلُ، فَيَقولُ لَهُ رَبُّـهُ مَا فَعَلْتَ فِي عَهْدِي هَلْ بَلَّغْتَ عَهْدِي؟ فَيَقولُ نَعَمْ يَـا رَب قَدْ بَلَّغْتُهُ جبْريل؛ فَيُدْعَى جِبْرِيلُ فَيُقَالُ لَهُ هَلْ بَلَّغَكَ إِسْرَافِيل عَهْدِي؟ فَيَقولُ نَعَمْ قَدْ بَلَّغَنِي؛ فَيُخَلَّى عَنْ إِسْرَافِيلَ وَيُقَالُ لِجَبْرِيلَ هَلْ بَلَّغْتَ عَهْدِي؟ فَيَقولُ نَعَم قَدْ بَلَّغْتُ الرُّسُلَ، فَيُدْعَى الرُّسُلُ فَيُقَالُ لَهُمْ هَلَ بَلَّغَكُمْ جِبْرِيلُ عَهْدِي؟ فَيَقولُونَ نَعَمْ رَبَّنَا؛ فَيُخَلَّى عَنْ جِبْرِيل، ثُمَّ يُقَالُ لِلرُّسُلِ مَا فَعَلْتُمْ بِعَهْدِي؟ فَيَقولُون بَلَّغْنَـا أُمَمنا؛ فَتُدْعَى[٨] الأُمَمُ فَيُقَال لَهُمْ[٩] هَلْ بَلَّغَكُمُ الرُّسُل عَهْدِي؟ فَمِنْهُمُ الْمُكَذِّبُ وَمِنْهُمُ الْمُصَدِّقُ؛ فَيَقُول الـرُّسُلُ إِنَّ لَنَا عَلَيْهِمْ شُهُوداً[١٠] يَشْهَـدُونَ أَنْ[١١] قَدْ بَلَّغْنَا مَعَ شَهَادَتِك؛ فَيَقُولُ مَنْ يَشْهَدَ لَكُمْ؟ فَيَقُولُونَ أُمَّةُ مُحَمَّدٍ ﷺ فَتُدْعَى أُمَّةُ مُحَمّدٍ، فَيُقَالُ لَهَا أَتَشْهَدُونَ أَنَّ رُسُلِي هَؤُلاءِ قَدْ بَلَّغُوا عَهْدِي إِلَى مَن أُرْسِلُوا إِلَيْهِ؟ فَيَقُولُونَ نَعَمْ - رَبَّنَا - شَهِدْنَا أَنَّ[١٢] قَدْ بَلَّغُوا؛ فَتَقُولُ تِلْكَ الأُمَمُ - رَبَّنَا - كَيْفَ يَشْهَدُ عَلَيْنَا مَنْ لَم يُدْرِكْنَا؟ فَيَقُولَ لَهُمْ الرَّبُّ كَيْفَ تَشْهَدون عَلَى مَن لَمْ تُدْرِكوا فَيَقُولُونَ رَبَّنَا بَعَثْتَ إِلَيْنَا رَسُولاً وَأَنزلتَ إِلَيْنَا عَهْدَكَ وَكِتَابَكَ فَقَصَصْتَ[١٣] عَلَيْنَا أَنَّهُمْ قَدْ بَلَّغُوا، فَشَهِدْنَا بِمَا عَهِـدْتَ إِلَيْنَا،

---

(٦) من بشير ولا نذير: ت، من نذير - بإسقاط كلمتي (بشير ولا): ح ٢ هـ.

(٧) له: ح ٢ هـ، لنوح: ت.

(٨) فتدعى: ت هـ، فيدعى: ح ٢.

(٩) لهم: ت هـ، لها: ح ٢.

(١٠) شهوداً: ح ٢ هـ، شهداء: ت.

(١١) إن: ح ٢ هـ، أنا: ت.

(١٢) أن قد: ح ٢ هـ، أن الرسل قد: ت.

(١٣) فقصصت: ت هـ، فقصت: ح ٢.

فَيَقُولُ الرَّبُ: نَعَمْ صَدَقوا[١٤]» فَذلِكَ قَوْلُهُ: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً﴾[١٥].

فصـــل

وهذه شهادة صحيحة، لأنهم شهدوا بما علموا بأخبار من علموا صدقه بالأدلة الظاهرة والبراهين القاطعة[١٦]، ومن هذا المعنى شهادة خزيمة بن ثابت للنبي ـ عليه السلام ـ على الأعرابي أنه اشترى منه الفرس ولم يحضر ولا شهد[١٧].

فصـــل

وكذلك كل من علم شيئاً بوجه من الوجوه التي يقع بها العلم، وجب عليه الشهادة به إذا دعي إليها؛ والعلم يدرك بأربعة أشياء فلا يصح لشاهد شهادة بشيء حتى يقع له العلم ويحصل عنده بأحدها، إذ لا تصح الشهادة إلا بما يعلم ويقطع على معرفته، لا بما يشك فيه، ولا بما يغلب على الظن معرفته. قال الله عزّ وجلّ: **﴿ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا ﴾**[١٨].

فصـــل

فأحد الوجوه التي يدرك بها العلم العقل بانفراده، فإنه يدرك به بعض العلوم الضرورية، مثل أن الاثنين أكثر من الواحد، وأن السماء فوقه والأرض تحته؛ ويعلم به حال نفسه من صحته وسقمه، وإيمانه وكفره؛ وتصح بذلك شهادته على نفسه، وما أشبه ذلك.

والثاني العقل مع الحواس الخمس: حاسة السمع، وحاسة البصر، وحاسة

(١٤) نعم صدقوا: ح ٢، نعم صدقتم: ت، تعالى صدقوا: هـ.
(١٥) أخرجه أحمد، وانظر تفسير ابن كثير ١٩٠/١.
(١٦) القاطعة: ت، الساطعة: ح ١.
(١٧) أخرجه أبو داود، انظر الإصابة: ١١١.
(١٨) الآية: ٨١، سورة يوسف.

الشم، وحاسة الذوق، وحاسة اللمس؛ فيدرك بالعقل مع حاسة السمع الكلام وجميع[١٩] الأصوات المسموعات؛ ويدرك بالعقل ـ مع حاسة البصر جميع الأجسام والأعراض والأشخاص المبصرات، ويدرك بالعقل مع حاسة الشم جميع الروائح المشمومات، ويدرك بالعقل مع حاسة الذوق جميع الطعوم المذوقات، ويدرك بالعقل مع حاسة اللمس جميع الملموسات ـ على اختلافها في اللين والخشونة، وما أشبه ذلك.

والثالث الأخبار المتواترة، فإنه يعلم بها أخبار البلدان النائية، والقرون الماضية، وظهور النبي، ودعائه إلى الإسلام، وما أشبه ذلك.

فصـــل

فالعلوم المدركة من هذه الوجوه الثلاثة: علم ضرورة يلزم النفس لزوماً لا يمكنها[٢٠] الانفصال منه ولا الشك فيه.

والوجه الرابع الذي يدرك به العلم هو النظر والاستدلال، والنظر والاستدلال مبني على علم الضرورة، أو على ما بني على علم[٢١] الضرورة، أو على ما بني على ما بني على علم الضرورة ـ هكذا أبداً إلى ما أمكن ضبطه، وصح وجوده؛ مثال ذلك أن الإنسان عالم بوجود نفسه ـ ضرورة فهذا أصل تبنى عليه العلوم الضروريات، فإذا علمت نفسي ضرورة، نظرت هل أنا محدث أو قديم؟ فلا يصح أن أنظر هذا النظر قبل علمي بوجود نفسي، فإذا نظرت، علمت أني محدث بالنظر الصحيح؛ فالعلم بحدثي[٢٢] علم نظري، مبني على العلم بوجود نفسي الذي هو ضرورة؛ ثم لما علمت أني محدث، نظرت هل لي محدث أو ليس لي محدث؟ فعلمت بالنظر الصحيح أنه لا بد لي من محدث؛ فهذا أيضاً علم نظري مبني على علم نظري مبني على علم ضروري؛ ثم أنظر بعد ذلك أيضاً في محدثي: هل

---

(١٩) وجميع: ت هـ، ومع: ح ٢.
(٢٠) يمكنها: ت، يمكنه: ح ٢ هـ.
(٢١) على علم: ح ٢ هـ، عليه علم: ت.
(٢٢) بحدثي: ح ٢ هـ، بوجودي: ت.

هو[٢٣] قديم أو محدث؟ فأعلم بالنظر الصحيح أنه قديم؛ فالعلم بأن محدثي قديم علم نظري مبني على العلم بأن لي محدثاً الذي هو علم نظري، وهو مبني على العلم بحدثي الذي هو أيضاً علم نظري، وهو مبني على العلم بوجودي وهو ضرورة.

فصــل

فالعلم النظري يقع العلم به عقيب النظر، ويستوي مع الضروري في أنه معرفة المعلوم على ما هو به، فالشهادة بما علم من جهة النظر والاستدلال جائزة، كما تجوز[٢٤] بما علم من جهة الضرورة، وذلك مثل ما روي أن خزيمة بن ثابت شهد للنبي عليه السلام أنه اشترى الفرس من الأعرابي ولم يحضر ولا شهد[٢٥]؛ ومثل ما روي أن أبا هريرة شهد أن رجلاً قاء خمراً، فقال له عمر: أتشهد أنه شربها؟ فقال: أشهد أنه قاءها، فقال له عمر بن الخطاب ما هذا التعمق؟ فلا وربك ما قاءها حتى شربها؛ ومن ذلك: شهادة الحكماء في قدم العيوب وحدوثها، وشهادة أهل المعرفة في قدم الضرر وحدوثه؛ ومن هذا المعنى شهادة أمة محمد ـ ﷺ ـ يوم القيامة للنبيين على أممهم بالبلاغ، وهذا بين من أن يحتاج إلى تبيانه[٢٦]؛ لأن كل مؤمن فإنما يشهد أن الله وحده لا شريك له وأنه حي، عالم، قادر، مريد، سميع، بصير، متكلم ـ إلى غير ذلك من الصفات التي هو عليها ـ لعلمه بذلك، ولا طريق له إلى العلم بشيء من ذلك إلا من جهة النظر والاستدلال.

فصــل

وكذلك الشهادة أيضاً بما علم من جهة الأخبار المتواترة جائزة كالولاء والنسب والموت، وولاية القاضي وعزله، وضرر الزوجين، وما أشبه ذلك؛ يصح

---

(٢٣) كلمة (هو) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ.
(٢٤) تجوز: ت، يجوز: ح ٢، وهي غفل في هـ.
(٢٥) ولا شهد: ح ٢ هـ، ولم يشهد: ت.
(٢٦) تبيانه: ح، بيانه: ت هـ.

للرجل إذا وقع له العلم بهذه الأمور وما أشبهها من جهة الخبر أن يشهد بذلك ويقطع عليه وتبت الشهادة عليه[27].

فصــل

فالله تبارك وتعالى شاهد على خلقه، قال الله عزّ وجلّ: ﴿ وَاللهُ شَهِيدٌ عَلَى مَا تَعْمَلُون ﴾[28]. والنبي ـ ﷺ ـ شاهد على أمته، وأمته شاهدة على جميع الأمم ـ يوم القيامة، وشاهدة لله بما شهد به لنفسه، وبما شهدت له[29] به ملائكته وأولو العلم؛ وبعضها[30] شاهد لبعض فيما يدور بينهم في الدنيا من المعاملات والهبات والجنايات وسائر ما يقع بينهم من الأمور الدائرات[31]. قال الله عزّ وجلّ: ﴿ يَا أَيُّها الذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لله وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الوَالِدَيْنِ والأَقْرَبِينَ إنْ يَكُنْ غَنِيّاً أَوْ فَقيراً فَاللهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا، وَإنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإنَّ الله كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً ﴾[32] وقال تبارك وتعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لله ﴾[33]. وقال: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ، فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ، فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْن مِن الشُّهَدَاءِ ﴾[34]. وقال: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾. وقال: ﴿ يَا أَيُّها الذِين آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُم أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ ﴾[35] ـ الآية وقال: ﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾[36].

---

(٢٧) وتبت الشهادة عليه: ح ٢، وتبت الشهادة فيه: هـ، ويبت الشهادة فيه: ت.

(٢٨) الآية: ٩٨ ـ سورة آل عمران.

(٢٩) كلمة (له) ساقطة في ح ٢.

(٣٠) وبعضها: ت ح ٢، وبعضهم: هـ.

(٣١) الدائرات: ح ٢ هـ، المريدات: ت.

(٣٢) الآية: ١٣٥ ـ سورة النساء.

(٣٣) الآية: ٢ ـ سورة الطلاق.

(٣٤) الآية: ٢٨٢ ـ سورة البقرة.

(٣٥) الآية: ١٥٦ ـ سورة المائدة.

(٣٦) الآية: ٢٨٢ ـ سورة البقرة.

وقال: ﴿وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ، فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنّ أَرْبَعَةً مِنكُمْ﴾[٣٧]، وقال: ﴿وَالذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَة﴾[٣٨]. وقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «لاَ نِكَاحَ إلاّ بوَلِيٍّ وَصَدَاقٍ وَشاهِدَيْ عَدْل»[٣٩]. وقال: «لاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْم وَلاَ ظِنِّينٍ وَلاَ جَارٍّ إلى نَفْسِهِ»[٤٠]. وقال: «خَيْرُ الشُّهَدَاءِ الذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا أَوْ بِخَبَرِ شَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنّ يُسْأَلَهَا»[٤١]. وقال ـ ﷺ ـ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلى مَنْ أَنْكَرَ»[٤٢]. وقال للذي خاصم إليه: «شاهِدَاكَ أَوْ يَمِينه»[٤٣].

فصل

فاقتضت هذه الآيات الواردة في القرآن وما أوردناه من السنن والآثار خمسة فصول:

أحدها: الإشهاد على الحقوق على اختلافها من[٤٤] البيع والنكاح والرجعة وما أشبه ذلك مما لا يتعلق به حق لسوى الشهداء مما يتعلق فيه حق لسواهم على ما سنبينه إن شاء الله.

والثاني: القيام بالشهادة.

والثالث: صفة الشهود الذين يجب قبول شهادتهم.

والرابع: مراتب الشهود في الشهادات.

والخامس: مراتب الشهادات.

---

(٣٧) الآية: ١٥ ـ سورة النساء.

(٣٨) الآية: ٤ ـ سورة النور.

(٣٩) أخرجه البيهقي من حديث عمران، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ١٣٨/٦.

(٤٠) أخرجه الترمذي في كتاب الشهادات.

(٤١) أخرجه الطبراني من حديث زيد بن خالد، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٤٧٣/٣.

(٤٢) أخرجه البيهقي من حديث ابن مسعود ـ وهو حديث ضعيف.
انظر الجامع الصغير ٢٥/٢.

(٤٣) أخرجه مسلم من حديث ابن مسعود، الجامع الصغير ١٥٣/٤.

(٤٤) اختلافها: ح ٢، الاختلاف: ت، والعبارة ـ برمتها ـ ساقطة في هـ.

فصـــل

فأما الفصل الأول ـ وهو الإشهاد على الحقوق على تفاصيلها ـ فإن منها البيع وقد أمر الله تبارك وتعالى بالإشهاد عليه فقال: ﴿ **وأشهدوا إذا تبايعتم** ﴾ واختلف أهل العلم في وجوبه، فالذي عليه مالك ـ رحمه الله وجمهور أهل العلم أن الإشهاد على البيع مندوب إليه وليس بواجب؛ وذهب أهل الظاهر إلى أنه واجب، وأصل اختلافهم في هذا، اختلافهم في الأمر الوارد إذا ورد عارياً من القرائن[٤٥]: هل يحمل على الوجوب أو على الندب أو على الإباحة إذ لا اختلاف بين أحد من أهل العلم أن الأمر قد يرد والمراد به الوجوب، مثل قوله تعالى: ﴿**آمِنُوا بِالله ورسوله وأَقِيمُوا الصَّلاة وَآتُوا الزَّكَاةَ**﴾[٤٦] وما أشبه ذلك. وقد يرد والمراد به الندب، مثل قوله تعالى: ﴿ **وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُون** ﴾[٤٧]. ومثل قوله: ﴿ **وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُوْلُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ، وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفاً** ﴾[٤٨]. وقد يرد والمراد به الإباحة مثل قوله تعالى: ﴿ **فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاَةُ فَانْتَشِرُوا فِي الأَرْضِ** ﴾[٤٩]، و﴿ **إِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا** ﴾[٥٠]. فإذا ورد الأمر عارياً من القرائن التي تدل على الوجوب أو الندب أو الإباحة، فمن أهل العلم من قال إنها تحمل على الإباحة، ومنهم من قال إنها تحمل على الندب، ومنهم من قال تحمل على الوجوب، ومنهم من قال: يتوقف فيه ولا يحمل على ندب ولا وجوب حتى يدل الدليل على المراد به؛ ولكل واحد منهم على مذهبه حجاج يطول ذكرها، وليس هذا موضع إيرادها؛ وذهب مالك ـ رحمه الله إلى أنه

---

(٤٥) القرائن: ت هـ، القولين: ح ٢ ـ وهو تحريف.

(٤٦) الآية: ٥٦ ـ سورة النور.

(٤٧) الآية: ٧٧ ـ سورة الحج.

(٤٨) الآية: ٨ ـ سورة النساء.

(٤٩) الآية: ١٠ ـ سورة الجمعة.

(٥٠) الآية: ٢ ـ سورة المائدة.

محمول على الوجوب ـ إذا دل النظر على تعريته من القرائن التي تخرجه عن الوجوب، والذي يدل على ذلك من مذهبه أنه احتج لوجوب إتمام ما دخل الرجل فيه من القرب بظواهر الأوامر من قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾(٥١). وقوله تعالى: ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لله ﴾(٥٢).

فصـــل

فإذا كان مذهبه أن الأمر محمول على الوجوب إذا تعرى من القرائن، فإنما قال: إن أمر الله تعالى بالإشهاد على البيع ندب وليس بواجب، للأدلة الظاهرة على ذلك، منها قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ، فَإِنَ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً، فَلْيُؤَدِّ الذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾(٥٣) فلما جاز أن يترك الرهن الذي هو بدل الشهادة ويؤتمن صاحبه، جاز ترك الإشهاد، إذ يفرق المخالف بين ترك الإشهاد والرهن الذي هو بدله، بل يقول بوجوب كل واحد منهما، ومنها قوله: ﴿ يا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾(٥٤)، والبيع عقد من العقود، فأمر الله تعالى بالوفاء به، دليل على جوازه بغير إشهاد، لأن الأمر بالوفاء مع الإشهاد لا معنى له؛ لأنه إن جَحَد لزمه الحق بالشهود؛ ومن طريق السنة أن النبي عليه السلام ابتاع من أعرابي فرسه ولم يشهد، فلما نازعه الأعرابي وأنكر البيع قال النبي عليه السلام: من يشهد لي؟ فقال خزيمة بن ثابت أنا أشهد لك، قال وبم تشهد قال: أصدقك في أخبار الآخرة ولا أصدقك في أخبار الدنيا؟ فقضى ﷺ لنفسه بشهادته(٥٥) فسمي ذا الشهادتين؛ ومن الدليل أيضاً(٥٦) على ذلك: الإجماع على

---

(٥١) الآية: ٣٣ ـ سورة محمد.

(٥٢) الآية: ١٩٦ ـ سورة البقرة.

(٥٣) الآية: ٢٨٣ من نفس السورة.

(٥٤) الآية: ١ ـ سورة المائدة.

(٥٥) بشهادته: ت هـ، بشهادة: ح ٢.

(٥٦) كلمة (أيضاً) ساقطة في ح ٢ هـ، ثابتة في ت والمعنى يقتضيها.

إجازة ترك الإشهاد في القليل التافه، كابتياع البقل وما أشبه ذلك، والأدلة على ذلك كثيرة وفيما ذكرناه كفاية.

فصــل

فإن قال قائل فإذا سقط الوجوب فلم[٥٧] لم[٥٨] يكن محمولاً على الإباحة وحمل على الندب فالدليل على ذلك أن الله تبارك وتعالى قد أمر بحفظ المال في كتابه وعلى لسان رسوله ﷺ، فقال تبارك وتعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً ﴾[٥٩] ونهى النبي ـ عليه السلام ـ عن إضاعته[٦٠]، وفي الإشهاد حفظ المال، فهذا دليل على الندب.

فصــل

وكذلك الدين[٦١] أمر الله تعالى فيه بالكتاب والإشهاد فقال: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾[٦٢] الآية. وذلك مرغب فيه ومندوب إليه وليس بواجب، ومن أهل العلم من قال إنه واجب.

فصــل

فإذا قلنا إنه غير واجب فيهما، فإنه حق لكل من دعا[٦٣] إليه من المتبايعين أو المتداينين على صاحبه يقضى له به عليه إن أباه[٦٤]، لأن من حقه ألا يأتمنه،

---

(٥٧) فلم: ت ح ٢، فلو: هـ.
(٥٨) لم: ح ٢ هـ، لا: ت.
(٥٩) الآية: ١٥٥ ـ سورة الأعراف.
(٦٠) إضاعته: ح ٢، إضاعة المال: ت، والعبارة ـ برمتها ـ ساقطة في هـ.
(٦١) الدين أمر: ح ٢، الدين الذي أمر: ت، والعبارة ساقطة في هـ.
(٦٢) الآية: ٢٨٢ ـ سورة البقرة.
(٦٣) دعا: ت هـ، ادعى: ح ٢، وهو تحريف.
(٦٤) أباه: ح ٢ هـ، أبى: ت.

ولذلك وجب على من باع سلعة لغيره الإشهاد على البيع، فإن لم يفعل ضمن؛ لأن رب السلعة لم يرض بائتمانه؛ وكذلك كل ما فيه حق لغائب، الإشهاد فيه واجب. قال الله ـ عزّ وجلّ ـ في الزانيين ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾(٦٥). فأمر بالإشهاد لما يتعلق بذلك من حق غيره، ومن ذلك اللعان لا يكون إلا بمحضر جماعة من الناس، لانقطاع نسب الولد وغير ذلك من الأحكام.

فصل

وكذلك الإشهاد على عقد النكاح ليس بواجب على مذهب مالك رحمه الله وإنما يجب الإشهاد عند الدخول لنفي التهمة والظنة عن نفسه، ومعنى قول رسول الله ﷺ: «لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ وَصَدَاقٍ وشَاهِدَيْ عَدْلٍ». أي لا يكون وطء النكاح إلا باجتماع هذه الأشياء، لأن النكاح حقيقة إنما يقع على الوطء، وإنما سمي العقد نكاحاً، لأن النكاح الذي هو الوطء يكون به؛ فسمي باسم ما قرب منه؛ ولا يصح أن يحمل الحديث على العقد، لأنه قد ذكر فيه الصداق وذلك ما لا يفتقر إليه العقد بإجماع، لأن القرآن قد جوز نكاح التفويض.

فصل

وأما الإشهاد في الرجعة فاختلف فيه في المذهب، حكى(٦٦) ابن القصار في كتابه أن الإشهاد على الرجعة مستحب وليس بواجب، وحكى إسماعيل القاضي عن مالك ـ رحمه الله ـ أن الإشهاد على الرجعة واجب لرفع الدعاوى وتحصين الفروج والأنساب، وحكى عبد الحق عن بعض شيوخه القرويين أن الإشهاد على الرجعة واجب بخلاف الطلاق والبيع، وذكر الفرق في ذلك بين الرجعة والبيع أن الله قد قال في البيع: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُهُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الذِي أُؤْتِمنَ أَمَانَتَهُ﴾(٦٧) فدل

---

(٦٥) الآية: ٢ ـ سورة النور.

(٦٦) حكى: ح ٢ هـ، فحكى: ت.

(٦٧) الآية: ٢٨٣ ـ سورة البقرة.

ذلك على أن الإشهاد في البيع غير واجب، وسكت عن الفرق بين الرجعة والطلاق ـ ولا فرق بينهما، لأن الله ـ تعالى ـ قال: ﴿ وأشْهدوا ذوي عدل منكم ﴾ في أول سورة الطلاق عقيب ذكره الطلاق والإمساك بالرجعة والمفارقة بانقضاء العدة، فوجب أن يرجع ذلك إلى الجميع رجوعاً واحداً؛ إما وجوباً وإما ندباً، وقد قال ابن بكير: معنى ذلك أن يشهد ذوي عدل على مراجعتها إن راجعها، وعند انقضاء عدتها إن لم يُراجعها ـ أنه قد طلقها، وأن عدتها قد انقضت ـ خوفاً من أن يموت فتدعي أنها زوجة لم تطلق، أو تموت هي[٦٨] فيدعي الزوج مثل ذلك، قال: وينبغي إن طلق طلاقاً بائناً أن يشهد حين الطلاق أنها قد بانت منه خشية ما ذكرنا؛ لأن معنى البائن هي التي قد انقضت عدتها، فيلزم على قياس قوله أن يلزم الإشهاد في الطلاق الرجعي حين الطلاق مخافة الموت[٦٩]؛ فتدعي[٧٠] الميراث وتزعم أن عدتها لم تنقض.

فصـــل

فإذا قلنا إنه واجب فمعنى ذلك أنه يكون بتركه آثماً لتضييع الفروج وما يتعلق بذلك من غير أن يكون ذلك شرطاً في صحة الطلاق والرجعة.

فصـــل

وأما الفصل الثاني ـ وهو القيام بالشهادة ـ فإن الله تبارك وتعالى أمر به فقال: ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾[٧١] وقال: ﴿ كُونُوا قَوَّامِين بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلهِ ﴾ وقال: ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ وذلك ينقسم على وجهين:

---

(٦٨) كلمة (هي) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ.

(٦٩) مخافة الموت: ح ٢ هـ، مخافة من الموت ـ بزيادة (من): ت.

(٧٠) ثبت في نسختي: ح ٢ هـ العبارة التالية (وإذا انقضت العدة على انقضائها مخافة أن يموت) ـ وهي زيادة لا معنى لها، ولذا لم نثبتها في الصلب.

(٧١) الآية: ٢ ـ سورة الطلاق.

أحدهما: أن يدعى ليشهد على الشهادة ويستحفظ إياها.

والثاني: أن يدعى ليشهد بما علمه ـ استحفظه[٧٢] إياه أو لم يستحفظه[٧٣].

فصــل

فأما الوجه الأول وهو أن يدعى ليشهد ويستحفظ الشهادة فإن ذلك واجب وفرض على الجملة، يحمله بعض الناس عن بعض كالجهاد والصلاة على الجنائز وما أشبه ذلك، فإذا كان الرجل في موضع ليس فيه من يحمل ذلك عنه تعين[٧٤] عليه الفرض في خاصته، والدليل على ذلك؛ أن الله تبارك وتعالى أمر بالقيام بالشهادة فقال: ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾، فإذا قيم بها فقد امتثل الأمر وسقط الفرض، إذ لا معنى لقيام من قام بها بعد ذلك.

وأما[٧٥] الوجه الثاني ـ وهو أن يدعى ليشهد بما علمه واستحفظ إياه فإن ذلك واجب عليه، لقول الله تعالى: ﴿ وَلَا يَأْبَ الشهداء إذا ما دعوا ﴾. وقوله: ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾[٧٦] وقوله: ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لله ﴾.

فصــل

فمن كانت عنده شهادة فلا يحل له أن يكتمها ويلزمه إذا دعي إليها أن يقوم بها، وأما إن لم يدع إلى القيام بها، فقد قال رسول الله ﷺ: «خَيْرُ الشُّهَدَاءِ الذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ[٧٧] قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا أَوْ يُخْبِرَ بِشَهَادَتِهِ[٧٨] قَبْلَ أن يُسْأَلَهَا». وهذا ينقسم

---

(٧٢) استحفظ: ت، استحفظه: ح ٢ هـ.

(٧٣) يستحفظ: ت ح ٢، يستحفظه: هـ.

(٧٤) تعين عليه الفرض: ح ٢ هـ، تعين عليه ذلك الفرض: ت.

(٧٥) وأما الوجه الثاني: ح ٢ هـ، والوجه الثاني: ت.

(٧٦) الآية: ٢٨٣ ـ سورة البقرة ـ وقد مرت آنفاً.

(٧٧) بشهادته: ح ٢ هـ، بشهادة: ت.

(٧٨) بشهادته: ت هـ، بشهادة: ح ٢.

على وجهين:

أحدهما: أن يكون حقاً لله تعالى.

والثاني: أن يكون حقاً لآدمي، فأما إن كان حقاً لله عزّ وجلّ، فإنه ينقسم على قسمين:

قسم لا يستدام فيه التحريم، وقسم يستدام فيه التحريم؛ فأما ما لا يستدام فيه التحريم ـ كالزنا وشرب الخمر وما أشبه ذلك، فلا يضر الشاهد ترك إخباره بالشهادة؛ لأن ذلك ستر ستره عليه؛ والأصل في ذلك قول رسول الله ﷺ: لهزال: **«يا هزال هلا سترته بردائك»**. وإن علم الإمام بذلك، فقد قال ابن القاسم في المجموعة: يكتمونه الشهادة ولا يشهدوا في ذلك إلا في تجريح إن شهد على أحد؛ وأما ما يستدام فيه التحريم كالعتق والطلاق والأحباس والمساجد والقناطير، وما أشبه ذلك؛ فيلزمه أن يخبر بشهادته ويقوم بها غيره، فإن لم يخبر بشهادته سقطت شهادته؛ لأن سكوته على ذلك جرحة فيه؛ فإن هو قام بالشهادة، فاختلف هل تقبل شهادته: ذهب ابن القاسم إلا أنه لا تجوز شهادته إذا كان هو القائم بها، وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ إلى أن شهادتهم جائزة ـ وإن كانوا هم القائمين بها؛ فإن قام غيره بالشهادة، سقط عنه الفرض وكان قيامه بذلك(٧٩) استحباباً؛ لأن فيه عوناً على إقامة الحق؛ وإن لم يقم بالشهادة سواه، تعين عليه القيام بها؛ وأما الضرب الآخر وهو أن يكون حقاً لآدمي، فيلزمه أن يخبر بشهادته صاحب الحق، فإن لم يفعل فروى عيسى عن ابن القاسم أن شهادته تبطل، وذهب سحنون إلى أنها لا تبطل، وقد وقع في المبسوطة لأشهب ما ظاهره أن شهادته لا تبطل بالسكوت وترك الإخبار في حقوق العباد ولا في حق الله تعالى ـ وهو بعيد، ومن أهل العلم(٨٠) من ذهب إلى أنه واجب على كل من دعي إلى شهادة أن يجيب

---

(٧٩) كلمة (بذلك) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ.

(٨٠) ومن أهل العلم: ح ٢ هـ، ومن الناس: ت.

سواء دعي إلى أن يستحفظ الشهادة أو يؤدي ما حفظ، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ وليس ذلك بصحيح، لأن الشاهد لا يصح أن يسمي هذا إلا بعد أن يكون عنده علم بالشهادة؛ وأما قبل أن يعلم فليس بشاهد، ولا يدخل تحت قوله تعالى: ﴿ ولَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ ـ وهذا بين ـ والحمد لله.

فصل في صفة الشاهد الذي تقبل شهادته

اعلم أن للشاهد في شهادته حالين[٨١]: حال تحمل الشهادة[٨٢]، وحال أدائها. فأما حال تحملها فليس من شرط الشاهد فيها إلا أن يكون على صفة واحدة وهي الضبط والميز ـ صغيراً كان أو كبيراً، حراً كان أو عبداً، مسلماً كان أو كافراً عدلاً كان أو فاسقاً.

وأما حال أدائها، فمن شرط جواز شهادة الشاهد فيها أن تجتمع فيه خمسة أوصاف: متى عري عن واحد منها لم تجز شهادته، وهي: البلوغ، والعقل، والحرية، والإسلام، والعدالة.

فصــل

وإنما شرطنا في ذلك البلوغ، لأن الشاهد مأمور بأداء الشهادة والقيام بها، منهي عن كتمانها؛ والأمر والنهي لا يتوجه إلا على[٨٣] المكلفين، ومن لم يبلغ فليس بمكلف ومن جهة المعنى أن الشاهد يجب أن يكون ممن يخاف ويتحرج من الإثم فيشهد بالحق ويتوقى الباطل؛ والصغير لا يلحقه إثم ولا يتوقى عقوبة لأن القلم مرتفع عنه؛ فوجب ألّا تجاز شهادته، وهذا ما لا اختلاف فيه إلا ما أجيز من

---

(٨١) حالين: هـ، حالان: ت ح ٢ ـ وهو تحريف.

(٨٢) الشهادة: ح ٢ هـ، شهادته: ت.

(٨٣) على: ح ٢ هـ، إلى: ت.

شهادة الصبيان في الجراح والقتل ـ على اختلاف بينهم في ذلك ما لم يتفرقوا، أو لم يغيبُوا على ما نذكر(٨٤) في موضعه ـ إن شاء الله.

فصـــل

وإنما شرطنا في ذلك العقل، لأن عدمه معنى ينافي التكليف كالصغير، وإنما شرطنا في ذلك الحرية، خلافاً لمن أجاز شهادة العبد لغير سيده، لأن ظاهر قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾(٨٥). وقوله: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوِيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾. يدل ألّا مدخل في ذلك للعبيد لأن مثل هذا اللفظ إنما يختص بالأحرار، ولا يدخل تحته العبيد إلا بدليل؛ ألا ترى أن الله تبارك وتعالى قال: ﴿ وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾، فلم يدخل في ذلك العبيد؛ إذ لو دخلوا في ذلك لكان قوله: ﴿ وَالصَّالِحِيَن مِنْ عِبَادِكُمْ وإمَائِكُمْ ﴾(٨٦)، لا فائدة فيه؛ ومن الدليل أيضاً على أن العبيد لا مدخل لهم في الشهادة: أن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿ يَا أَيُّهَا الذِيَن آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لله وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ ﴾، والعبد لا يجوز إقراره على نفسه، فلما لم تجز شهادته على نفسه لم تجز على غيره، وقال تبارك وتعالى: ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾، والعبد ملكه بيد سيده لا يجوز له أن يشهد إلا بإذن سيده؛ فخرج ممن خوطب بالشهادة؛ ألا ترى أن العبد لما لم يجز أن يغزو إلا بإذن(٨٧) سيده، لم يكن مخاطباً بالجهاد، ولم يكن له في الفيء نصيب؛ ولأن الرق نقص يمنع الميراث، فنافى الشهادة كالكفر.

فصـــل

وإنما شرطنا في ذلك الإسلام؛ خلافاً لمن أجاز(٨٨) شهادة الكافر في الوصية

(٨٤) نذكر: ح ٢ هـ، نذكره: ت.

(٨٥) الآية: ٢٨٢ ـ سورة البقرة ـ ومرت الإشارة إليها.

(٨٦) الآية: ٣٢ ـ سورة النور.

(٨٧) إلا بإذن: ح ٢، بغير إذن: ت هـ.

(٨٨) أجاز شهادة: ح ٢ هـ، أجاز في ذلك شهادة: ت.

في السفر ـ تعلقاً بقول الله عزّ وجلّ: ﴿ أَوَ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمُ ﴾. لأن الله قال: ﴿ ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ ﴾ وقال: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْن مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾، والإسلام شرط في صحة العدالة والرضا، وإنما شرطنا في ذلك العدالة لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ منكُمْ ﴾. وقوله: ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾. وقد اختلف في حد العدالة والرضا الذي تجوز به شهادة الشاهد اختلافاً كثيراً، وأحسن ما قيل في ذلك ـ عندي أنه الشاهد الذي يجتنب الكبائر ويتوقى الصغائر ـ على أنه لا صغيرة على الإطلاق، لأن كل ما عصى الله به فهو كبيرة، وإنما يقال لها صغائر بإضافتها إلى الكبائر.

فصل

ومن شرط جواز شهادة الشاهد، أيضاً: أنَ يكون من أهل اليقظة والتحرز، لأنه إن كان من أهل الغفلة والبله لم يؤمن عليه التميل من أهل التحيل، فيشهد بالباطل، واختلف هل من شرطه أن يكون مالكاً لأمر نفسه، فروى أشهب عن مالك أن شهادة المولى عليه جائزة ـ إن كان عدلاً، وهي رواية ابن عبد الحكم أيضاً عنه. وقال أشهب: لا تجوز شهادته ـ وإن كان مثله لو طلب ماله أعطيه، واختار ذلك محمد بن المواز قال: «ولا تجوز شهادة البكر في المال حتى تعنس وإن كانت من أهل العدل».

فصل

والشاهد ينقسم على ثلاثة أقسام:

شاهد معروف بالعدالة.

وشاهد معروف بالجرحة.

وشاهد مجهول الحال لا يعرف بعدالة ولا جرحة.

فأما الشاهد المعروف بالعدالة، فتجوز شهادته ويحكم للطالب بها بعد

الإعذار إلى المطلوب فيها؛ وأما الشاهد المعروف بالجرحة فلا تجوز شهادته إلا أن تثبت توبته من الجرحة التي علم[89] بها، وسواء علم القاضي بجرحته أو ثبت عليه عنده.

وأما الشاهد المجهول الحال، فيتوقف في شهادته حتى يسأل عنها، ولا يحمل على جرحة ولا[90] عدالة، ومن أهل العلم من رأى أنه محمول على العدالة حتى يعلم جرحته على ظاهر قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حد أو مجرب عليه شهادة زور ـ وهو قول الحسن، ومذهب الليث بن سعد؛ فعلى قول هؤلاء لا يحتاج إلى التزكية، وإنما يقول القاضي للمشهود عليه: دونك فجَرح إن كان عندك ما تدفع به شهادة من شهد عليك وأجاز ابن حبيب شهادة المجهول الحال على التوسم فيما يقع بين المسافرين في السفر للضرورة إلى ذلك، قياساً على إجازة شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح، من أصحابنا المتأخرين من أجاز شهادة المجهول الحال في اليسير جداً من المال، وهذا كله استحسان؛ والقياس ألا تجوز[91] شهادة أحد حتى تعرف عدالته، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **ممن ترضون من الشهداء** ﴾ وقد اتفقوا في الحدود، والقصاص على أن الشهادة لا تجوز في ذلك إلا بعد المعرفة بعدالة الشاهد، وهذا يقضي على ما اختلفوا فيه ـ إن شاء الله.

فصل في مراتب الشهود في الشهادات على مذهب مالك

وأما مراتب الشهود في الشهادات، فإنها إحدى عشرة مرتبة؛ فأولها الشاهد المبرز في العدالة العالم بما تصح به الشهادة، ثم الشاهد المبرز في العدالة غير العالم بما تصح به الشهادة، ثم الشاهد المعروف بالعدالة غير العالم بما تصح به الشهادة، ثم الشاهد المعروف بالعدالة إذا قذف قبل أن يحد، ثم الشاهد الذي يتوسم فيه العدالة، ثم الشاهد الذي لا يتوسم فيه العدالة ولا الجرحة، ثم الشاهد

---

(٨٩) كلمة (علم) ساقطة في ح، ثابتة في ت هـ.

(٩٠) ولا عدالة: ح ٢، ولا على عدالة: ت.

(٩١) تجوز: ح ٢ هـ، تجاز: ت.

الذي يتوسم فيه الجرحة، ثم الشاهد الذي ثبتت عليه جرحة قديمة أو يعلمها الحاكم فيه، ثم الشاهد المقيم على الجرحة المشهور بها، ثم شاهد الزور.

فصــل

فأما الشاهد المبرز في العدالة العالم بما تصح به الشهادة، فتجوز شهادته في كل شيء وتزكيته وتجريحه، ولا يسأل عن كيفية علمه بما شهد به من ذلك كله إذا أبهمه، ولا يقبل فيه التجريح إلا بالعداوة، وقد قيل إن التجريح لا يقبل فيه أصلاً لا بعداوة ولا بغيرها؛ وكذلك الشاهد المبرز في العدالة غير العالم بما تصح به الشهادة إلا أنه يسأل عن كيفية علمه بما شهد به إذا أبهم ذلك؛ وأما الشاهد المعروف بالعدالة العالم بما تصح به الشهادة، فتجوز شهادته إلا في ستة مواضع على اختلاف في بعضها، وهي: التزكية، وشهادته لأخيه ولمولاه، ولصديقه الملاطف، ولشريكه في غير التجارة، وإذا زاد في شهادته أو نقص منها؛ ويقبل فيه التجريح بالعداوة وغيرها، ولا يسأل عن كيفية علمه بما شهد فيه إذا أبهم ذلك؛ وكذلك الشاهد المعروف بالعدالة غير العالم بما تصح به الشهادة، إلا أنه يسأل عن كيفية علمه بما شهد به إذا أبهم ذلك؛ وأما الشاهد المعروف بالعدالة إذا قذف قبل أن يحد، فاختلف في إجازة شهادته: لم يجزها ابن الماجشون وأصبغ ـ وهو مذهب الشافعي، وأجازها ابن القاسم ـ وهو المشهور في المذهب؛ وأما الشاهد الذي تتوسم فيه العدالة، فتجوز شهادته دون تزكية ـ فيما يقع بين المسافرين في السفر[92] من المعاملات على مذهب ابن حبيب، ولا تجوز فيما سوى ذلك دون تزكية؛ وأما الشاهد الذي لا تتوسم فيه العدالة ولا الجرحة فلا تجوز شهادته في موضع من المواضع دون تزكية؛ إلا أن شهادته تكون شبهة في بعض المواضع، وعند[93] بعض العلماء فتوجب اليمين وتوجب القسامة، وتوجب الحميل وتوقيف الشيء المدعى فيه؛ وأما الشاهد الذي تتوسم فيه الجرحة فلا تجوز شهادته دون تزكية، ولا تكون شبهة توجب حكماً؛ وأما الشاهد الذي تثبت عليه جرحة قديمة أو

(٩٢) جملة (في السفر) ساقطة في ح ٢.

(٩٣) وعند: ح ٢ هـ، عند: ت.

يعلمها الحاكم به[٩٤] فلا تجوز شهادته دون تزكية، ولا تقبل فيه الزكية على الإطلاق، وإنما تقبل ممن علم جرحته إذا شهد على توبته منها ونزوعه عنها؛ والمحدود في القذف بمنزلته على مذهب مالك، لأن تزكيته لا تجوز على الإطلاق، وإنما تجوز بمعرفة تزيده في الخير؛ وأما الشاهد القيم على الجرحة المشهور بها، فلا تجوز شهادته، ولا تقبل فيه التزكية ـ وإن زكي؛ وإنما تصح تزكيته فيما يستقبل إذا تاب؛ وأما شاهد الزور، فلا تجوز شهادته أبداً، وإن تاب وحسنت حاله؛ وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن شهادته تجوز إذا تاب وعرفت توبته بتزيد حاله في الصلاح؛ قال ولا أعلمه إلا قول مالك؛ فقيل إن ذلك اختلاف من القول، وقيل معنى رواية أبي زيد إذا أتى تائباً مبتهلاً مقراً على نفسه بشهادة الزور ـ قبل أن يظهر عليه وهو الأظهر ـ والله أعلم.

فصل

فإن حدثت الجرحة بالشاهد بعد أداء الشهادة لم تجز شهادته فيما يستقبل، وبطلت في هذه، وقد قيل ـ وهو قول ابن الماجشون إنها لا تبطل في هذه إذا كانت الجرحة شيئاً ظاهراً كالجراح، والقتل، وما أشبه ذلك؛ وأما التهمة الحادثة بعد أداء[٩٥] الشهادة، فلا تبطل الشهادة كالرجل يتزوج المرأة بعد أن يشهد لها، أو يقع بينه وبين الرجل خصومة بعد أن يشهد عليه.

فصل

وأما التهمة الحاصلة في بعض الشهادة، فإنها تبطل جملة الشهادة على المشهور المعلوم في المذهب، مثل أن يشهد رجل أن له ولابنه أو لرجل أجنبي على فلان ألف درهم من معاملة أو سلف أو ما أشبه ذلك؛ وقد وقع في المدونة وغيرها في شهادة الشاهد يشهده أن رجلاً أوصى له ولغيره بوصية مال[٩٦] اختلاف

---

(٩٤) به: ح ٢ هـ، له: ت.

(٩٥) كلمة (أداء) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت، بياض في هـ.

(٩٦) كلمة (مال) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ.

كثير يفتقر تحصيله إلى تفصيل وتقسيم، وذلك أنها مسألة تنقسم على قسمين كل قسم منها لا يخلو من وجهين؛ أحد القسمين أن يكون الموصي أشهد على وصية مكتوبة قد أوصى فيها للشاهد بوصية، والقسم الثاني أن يكون أشهد على وصيته لفظاً بغير كتاب، فيقول لفلان[97] كذا، ولفلان كذا، ولفلان كذا، لأحد الشهود؛ فأما القسم الأول ـ وهو أن يشهد الموصي على وصية مكتوبة وقد أوصى فيها للشاهد بوصية فلا يخلو أن يكون ما سمى للشاهد فيها يسيراً أو كثيراً، فإن كان يسيراً، ففي ذلك أربعة أقوال:

أحدها: أن شهادة الموصى له لا تجوز لنفسه ولا لغيره، لأنه يتهم في اليسير كما يتهم فيه[98] في غير الوصية، وهي رواية ابن وهب عن مالك في المدونة.

والثاني: أن شهادته تجوز لنفسه ولغيره، فإن كان وحده حلف الموصى لهم[99] مع شهادته أن ما شهد به من الوصية حق، وأخذ هو ماله فيها بشهادته مع أيمانهم، لأنه في حين التبع لجملة الوصية وإن كان معه غيره ممن أوصي له أيضاً فيها[100] بيسير، ثبتت الوصية بشهادتهما، وأخذ كل واحد منهما[101] ماله فيها بغير يمين؛ وإن كان الشاهد الذي معه ممن لم يوص له فيها بشيء، ثبتت الوصية أيضاً بشهادتهما، وأخذ هو ماله فيها بغير يمين؛ وهذا هو قول ابن القاسم في المدونة، ورواية مطرف عن مالك في الواضحة.

والثالث: أن شهادته تجوز[102] لغيره ولا تجوز لنفسه، فإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته واستحقوا وصاياهم ولم يكن له هو شيء، وإن كان معه غيره ممن أوصى له فيها بشيء يسير أيضاً، ثبتت الوصية بشهادتهما لمن سواهما

(٩٧) كلمة (لفلان) ساقطة في ح ٢.
(٩٨) كلمة (فيه) ساقطة في ح ٢.
(٩٩) لهم: ح ٢، له: ت هـ.
(١٠٠) أيضاً فيه: ح ٢، فيها أيضاً: هـ، أيضاً ـ بإسقاط (فيها): ت.
(١٠١) منهما: ح ٢، منها: ت، منهم: هـ.
(١٠٢) إن شهادته تجوز: ح ٢ هـ، أن تجوز ـ بإسقاط (شهادته): ت.

فأخذوا وصاياهم بغير يمين[١٠٣] وحلف كل واحد منهما مع شهادة صاحبه فاستحق وصيته؛ وإن كان معه لم يوص له فيها بشيء، ثبتت الوصية بشهادتهما لمن سواه وحلف هو مع شهادة صاحبه فاستحق وصيته، وهو قول ابن الماجشون في الواضحة.

والرابع: أن شهادته تجوز له ولغيره ـ إن[١٠٤] كان معه شاهد غيره فتثبت الوصية بشهادتهما ويأخذ ماله فيها بغير يمين؛ وكذلك صاحبه أيضاً إن كان له فيها شيء يأخذ ماله فيها بغير يمين. وتجوز لغيره ولا تجوز لنفسه إن لم يكن معه شاهد غيره فيحلف غيره مع شهادته ويستحق وصيته ولا يكون له هو شيء؛ وهو قول يحيى بن سعيد في المدونة؛ وإن كان الذي أوصى به للشاهد كثيراً، فلا تجوز شهادته له ولا لغيره في المشهور من الأقوال، وتجوز شهادته لغيره ولا تجوز لنفسه على قياس[١٠٥] قول أصبغ في نوازله من كتاب الشهادات في العبدين يشهدان بعد عتقهما أن الذي أعتقهما غصبهما من رجل مع مائة دينار، أن شهادتهما تجوز في المائة ولا تجوز في غصب رقابهما، لأنهما يتهمان أن يريدا إرقاق أنفسهما؛ ولا يجوز لحر أن يرق نفسه؛ إذ يقوم من قوله في هذه المسألة أن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة، جاز منها ما لا تهمة فيه ـ وهو خلاف المشهور المعلوم.

وأما القسم الثاني وهو أن يشهد الموصي على وصيته لفظاً بغير كتاب فيقول لفلان كذا، ولفلان كذا ـ لأحد الشهود، فلا يخلو أيضاً من أن يكون الذي أوصى به لأحد الشهود كثيراً أو يسيراً، فإن كان يسيراً، فلا تجوز شهادته لنفسه باتفاق، وتجوز لغيره؛ فإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته واستحقوا وصاياهم؛ وإن كان معه غيره ممن شهد لنفسه بيسير أيضاً، حلف كل واحد منهما مع شهادة صاحبه واستحق وصيته وأخذ من سواهما وصاياهم بشهادتهما دون يمين، وإن كان معه غيره ممن لم يشهد لنفسه بشيء[١٠٦] حلف هو

(١٠٣) يمين: ت هـ، ثمن: ح ٢ ـ وهو تحريف.

(١٠٤) إن: ت هـ، وإن: ح ٢.

(١٠٥) قياس قول: ح ٢ هـ، قياس من قول: ت.

(١٠٦) شيء حلف: ح ٢ هـ، شيء يسير حلف: ت.

معه واستحق وصيته وأخذ من سواه وصيته بشهادتهما دون يمين، وقد يقال: إنه لا تجوز شهادته لنفسه ولا لغيره[107] - بتأويل ضعيف، وإن كان الذي شهد به لنفسه كثيراً، فلا تجوز شهادته لنفسه باتفاق؛ وتجوز لغيره على قول مطرف وابن الماجشون، ولا تجوز على ما في سماع أشهب من كتاب الشهادات؛ فإن لم يكن معه غيره على مذهب ابن الماجشون ومطرف، حلف الموصى لهم واستحقوا وصاياهم بأيمانهم مع شهادته وإن كان معه غيره ممن يشهد[108] لنفسه بكثير أيضاً، حلف كل واحد منهما مع شهادة صاحبه فاستحق وصيته إن لم تكن شهادة كل واحد منهما لصاحبه في مجلس واحد على مذهبهما في الشهود يشهد بعضهم لبعض أن شهادتهم لا تجوز إن كانت على رجل واحد في مجلس واحد، وأخذ من سواهما وصيته بشهادتهما دون يمين.

فصــل

فالمشهور في المذهب أن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة، ردت كلها؛ وقد قيل إنه يجوز منها ما لا تهمة فيه على قياس قول أصبغ الذي حكيناه، والمشهور في المذهب أيضاً: أن الشهادة إذا رد بعضها للسنة، جاز فيها ما أجازته السُنة، وقد قيل إنها[109] ترد كلها وذلك قائم من المدونة من قوله في شهادة النساء للوصي أن الميت أوصى إليه أن شهادتهن لا تجوز - إن كان فيها عتق وإيضاع النساء، وكذلك المشهور في المذهب أيضاً أن الشهادة إذا رد بعضها لانفراد الشاهد بها دون غيره، أنها تجوز فيما يصح فيه شهادة الشاهد الواحد، وتبطل فيما لا يصح إلا بشهادة شاهدين، مثل أن يشهدا لرجل على وصية رجل وفيها عتق ووصايا لقوم، فإن الموصى لهم بالمال يحلفون مع شهادة الشاهد وتكون وصاياهم فيما بعد قيمة العتق، وقد قيل إن الشهادة كلها مردودة، حكى ذلك المزني[110] عن أشهب

---

(١٠٧) عبارة (وصيته.. لغيره) ساقطة في ح ٢.

(١٠٨) ممن يشهد: ح ٢ هـ، ممن لم يشهد: ت.

(١٠٩) إنها: ت هـ، إنه: ح ٢.

(١١٠) المزني: ت، البرقي: ح ٢ هـ - والأنسب نسخة ت.

وجميع جلسائه؛ وأما إذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها وسقط عن حفظه بعضها، فإنها تسقط كلها بإجماع، وبالله التوفيق.

فصل في مراتب الشهادات

والشهادات على مراتب أربع، إحداها: شهادة توجب الشيء المشهود به دون يمين، والثانية شهادة توجب الشيء المشهود به مع اليمين. والثالثة: شهادة لا توجب الشيء المشهود به إلا أنها توجب حكماً من الأحكام. والرابعة شهادة لا توجب شيئاً.

فصـــل

فأما الشهادة التي توجب الشيء المشهود به دون يقين فإنها على سبعة أقسام:

أحدها: أربعة شهود في الزنا.

والثاني: شاهدان فيما سوى ذلك.

والثالث: شاهد وامرأتان في الأموال.

والرابع: شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال من العيوب والاستهلال، وما أشبه ذلك.

والخامس: شهادة السماع فيما جوز أهل العلم فيه شهادة السماع على الإطلاق.

والسادس: شاهد واحد فيما يبتدأ الحكم فيه بالسؤال وفيما كان علماً يؤديه.

والسابع: شهادة الصبيان فيما أجيزت شهادتهم فيه.

فصـــل

وأما الشهادة التي توجب الشيء المشهود به مع اليمين، فإنها على خمسة أقسام:

أحدها: شاهد عدل وامرأتان عدلتان في الأموال.

والثاني: شاهد غير عدل تجب[111] القسامة به على رواية أشهب عن مالك.

والثالث: ما يقوم مقام الشاهد من الرهن وإرخاء الستر ونكول المدعى عليه ومعرفة العفاص والوكاء واليد مع مجرد الدعوى، أو مع تكافؤ البينتين وما أشبه ذلك.

والرابع: الشهادة بغالب الظن فيما لا سبيل فيه إلى القطع.

والخامس: الشهادة على السماع في الولاء على مذهب ابن القاسم.

فصل

وأما الشهادة التي توجب حكماً ولا توجب الحق، فإنها على ثلاثة أقسام:

أحدها: شهادة الشهود غير العدول في استحقاق الشيء المعين فإنها توجب توقيفه عند أصبغ.

والثاني: شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتان أنه سرق له مثل ما يدعي أو شاهدين إذا جرحا ـ على اختلاف بينهم في ذلك.

والثالث[112]: شاهد عدل وامرأتان على الطلاق والعتق، فإنها توجب اليمين عند جميعهم، أو على الخلطة، فإنها توجب اليمين عند بعضهم، أو على النكاح، فإنها تسقط الحد أو على دعوى المعروف، فإنها توجب اليمين على المدعى عليه عند من لا يرى القضاء باليمين مع الشاهد، وإذا نكل المدعي عن اليمين مع شاهده.

---

(١١١) تجب: ح ٢، توجب: ت هـ.

(١١٢) كلمة (والثالث) ساقطة في ح ٢.

كتاب حريم الآبار

قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً مُبَارَكاً فَأَنْبَتنا بِهِ جَنَّاتٍ وَحَبَّ الْحَصِيدِ وَالنَّخْلَ بَاسِقَاتٍ لَهَا طَلْعٌ نَضِيدٌ رِزْقاً لِلْعِبَادِ، وَأَحْيينا بِهِ بَلْدَةً مَيْتاً، كَذَلِكَ الْخُرُوجُ** ﴾[1]. وقال: ﴿ **وَأَنْزَلْنا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً بِقَدَرٍ فَأَسْكَنَّاهُ فِي الأَرْضِ وإِنَّا عَلَى ذَهَابٍ بِهِ لَقَادِرُونَ** ﴾[2]. وسئل مالك رحمه الله عن تفسير هذه الآية فقيل له: أهو الخريف فيما بلغك؟ فقال: لا والله، بـل هـذا في الخريف والشتاء وفي كل شيء ينزل الله من السماء ماءً إذا شاء، ثم هو على ذهاب به لقادر؛ فجميع مياه الأرض من ماء السماء أنزله الله إلى الأرض وجعله فيها ثابتاً لا يزول، وهو على إزالته قادر؛ وقال عزّ وجلّ: ﴿ **وَلَقَد صَرَّفْنَاهُ بَيْنَهُمْ لِيَذَّكَّرُوا، فَأَبَى أَكْثَرُ النَّاسِ إلاَّ كُفُوراً** ﴾[3] يريد المطر ويروى أن في الدنيا أربعة أنهار من الجنة، وهي: النيل، والفرات، وشيحان، وجيحان.

فصــل

فمياه الأرض تختلف باختلاف مواضعها، ويختلف الحكم فيها لاختلافها؛ ويختلف أهل العلم في بعض وجوهها على ما سنبينه ونفصله ـ إن شاء الله، ولا قوة

---

(١) الآية: ١١ ـ سورة ن.

(٢) الآية: ١٨ ـ سورة المؤمنون.

(٣) الآية: ٥٠ ـ سورة الفرقان.

إلا بالله؛ والأصل في ذلك كله قول رسول الله ﷺ في سيل مهزور ومذينب: «**يُمْسِكُ الأَعْلَى إلَى الْكَعْبَيْن، ثُمَّ يُرْسَلُ الأَعْلَى عَلَى الأَسْفَل**»[٤]. وقوله عليه السلام: «**لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ، وَلَا يُمْنَعُ رَهْوُ**[٥] **مَاء**»[٦]. وقوله: «**لَا يَمْنَعُ فَضْلَ الْمَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ الْكَلأ**»[٧]. وقوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[٨] وقوله: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ طِيبِ**[٩] **نَفْسٍ مِنْهُ**»[١٠].

فصل

فأما مهزور ومذينب: فواديان معروفان من أودية المدينة يسيلان بالمطر يتنافس فيهما أهل المدينة، فقضى ﷺ أن يمسك الأعلى إلى الكعبين، ثم يُرسل على الأسفل؛ وهذا الحكم في كل ماء غير متملك يجري على قوم إلى قوم دونهم أن من دخل الماء أرضه أولاً فهو أحق بالسقي به حتى يبلغ الماء في أرضه إلى الكعبين، ثم اختلف إذا بلغ الماء إلى الكعبين: هل يرسل جميع الماء إلى الأسفل، أو لا يرسل إليه إلا ما زاد على الكعبين: فقال مطرف وابن الماجشون، وابن وهب: يرسل على الأسفل ما زاد على الكعبين، وقال ابن القاسم: بل يرسل جميع الماء ولا يحبس منه شيئاً ـ والأول أظهر؛ وروى زياد عن مالك أن معنى الحديث أن يجري الأول الذي هو أقرب إلى الماء من الماء في[١١] ساقيته إلى حائطه بقدر ما يكون الماء في الساقية إلى حد كعبيه حتى يروى حائطه، ثم يفعل الذي يليه كذلك ما بقي من الماء شيء. قال: وهذه السنة فيهما وفيما يشبههما مما

---

(٤) رواه ابن ماجه، انظر السنن ٢/٩٥ ـ وهو في كتاب الأقضية من الموطأ، ومهزور ومذينب: واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر.

(٥) رهو: ح ٢ هـ، رهى: ت.

(٦) أخرجه أحمد، انظر المسند ٦/١١٢ ـ ونقع البئر: فضل مائها، ورهو الماء: مجتمعه.

(٧) حديث متفق عليه.

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) عن طيب: ح ٢ هـ، بطيب: ت.

(١٠) مر تخريجه في غير ما موضع.

(١١) الماء في ساقيته: ح ٢ هـ، الماء ما في ساقيته: ت.

لا حق فيه لأحد بعينه ـ أن الأول أحق بالتبدئة، ثم الذي يليه، إلى آخرهم رجلاً؛ فيحتمل أن يكون معنى رواية زياد هذه عن مالك إذا كان ماء الوادي كثيراً فوق ما يتأتى[١٢] به السقي لواحد، فلا يكون على هذا التأويل رواية زياد مخالفة لما تقدم، والأظهر أن ذلك اختلاف من القول، وقد زدنا هذا المعنى بياناً في كتاب البيان في رسم القسمة من سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار[١٣].

فصـــل

وأما نقع البير وهو الماء المجتمع فيها[١٤] قبل السقي، وقيل هو فضل مائها[١٥]، وقيل الموضع الذي يلقى فيه ما يكنس منها[١٦] وقيل مخرج مسيل مائها[١٧] وهو الماء المجتمع أيضاً؛ قال الله عزّ وجلّ: ﴿ وَاتْرُكِ الْبَحْرَ رَهْواً ﴾. واختلف أهل العلم في تأويل قول النبي ﷺ: «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ وَلَا يُمْنَعُ رَهْوُ مَاءٍ». فحمله[١٨] جماعة من أهل العلم على عمومه، فقالوا لا يحل بيع الماء ولا منعه بحال ـ كان من بئر، أو غدير، أو عين[١٩]؛ في أرض متملكة، أو غير متملكة؛ غير أنه إن كان متملكاً كان أحق بمقدار حاجته منه، وهو قول يحيى بن يحيى في العتبية: أربع لا أرى أن يمنعن[٢٠]: الماء، والنار، والحطب، والكلأ. وقال بعضهم تأويل ذلك في مثل البئر تكون بين الشريكين يسقي هذا يوماً، وهذا يوماً أو أقل، أو أكثر، فيسقى أحدهما يومه فيروى زرعه أو نخله في بعض يومه، فيستغني عن الماء ـ بقية يومه، فليس له أن يمنع شريكه من السقي في بقية ذلك اليوم، إذ لا

---

(١٢) يتأتى: ح ٢، يأتي: ت، بياض في هـ.
(١٣) انظر ج ١٠/٢٦٥ ـ ٢٦٨.
(١٤) فيها: ت، فيه: ح ٢ هـ.
(١٥) مائها: ت، مائه: ح ٢ هـ.
(١٦) منها: ت، منه: ح ٢ هـ.
(١٧) مائها: ت، مائه ح ٢ هـ.
(١٨) فحمله: ح ٢ هـ، فجعله: ت.
(١٩) غدير أو عين: ح ٢ هـ، عين أو غدير: ت.
(٢٠) يمنعن: ح ٢ هـ، تمنع: ت.

منفعة له في منعه ولا يضره[21] تركه؛ وقال بعضهم إنما تأويل[22] ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بئره ـ ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بئره؛ والتأويلان قريبا المعنى[23] والله أعلم. وأما نهيه ﷺ عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ، فإنما هو في بئر الماشية التي تحتفر في البراري والمهامه، لأن المواشي لا ترعى إلا حيث تجد المياه، فإذا[24] منعت من الماء، كان منعاً لها عن الكلأ.

فصـــل

فالمياه تنقسم على قسمين:

أحدهما: أن تكون في أرض ممتلكة.

والثاني: أن تكون في أرض غير ممتلكة.

فأما ما كان منها في أرض ممتلكة، فسواء كانت مستنبطة مثل بئر يحفرها أو عين يستخرجها، أو مواجـل يتخذها، أو غير مستنبطة، مثل عين في أرضه لم يستخرجها أو غدير وما أشبه ذلك؛ فهو[25] أحق به ويحل له بيعه ومنع الناس منه إلا بثمن؛ إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم، ويخاف عليهم الهلاك ـ إن منعهم فحق عليه أن لا يمنعهم؛ فإن منعهم، كان لهم مجاهدته؛ هذا قول ابن القاسم في المدونة، لأنه لم يحمل نهيه ﷺ عن منع نقع البئر على عمومه، بل تأوله على ما تقدم، إلا أنه يستحب له ألّا يمنع الشرب من العين أو الغدير تكون في أرضه من أحد من الناس من غير حكم يحكم به عليه، وله في واجب الحكم أن يمنع ماءه إذا شاء ويبيحه إذا[26] شاء، واختلف في الرجل يكون له زرع قد زرعه على بئره[27]

---

(٢١) يضره: ح ٢ هـ، مضرة: ت.

(٢٢) تأويل: ح ٢ هـ، تؤول: ت.

(٢٣) قريبا المعنى: ح ٢ هـ، قريبان للمعنى: ت.

(٢٤) فإذا: ح ٢ هـ، فإن: ت.

(٢٥) هو: ح ٢ هـ، فهو: ت.

(٢٦) إذا: ح ٢ هـ، إن: ت.

(٢٧) بئره: ح ٢ هـ، بئر: ت.

فانهارت بئره ـ ولجاره فضل ماء، فقيل إنه يقضى له بفضل ماء بئر جاره قيل بثمن وقيل بغير ثمن؛ فمن حمل الحديث على عمومه، أو تأوله في هذا المعنى، قال: بغير ثمن، ومن تأول في الشريكين في الماء قالا: لا يقضى عليه إلا بالثمن؛ والقولان لمالك رحمه الله؛ وأما ما كان منها في أرض غير متملكة، فلا يخلو من أن تكون مستنبطة أو غير مستنبطة؛ فأما ما كان منها مستنبطاً مثل البئر يحفرها في الصحاري والبراري لماشيته أو المواجل، فهو أولى به حتى يروي ماشيته؛ ثم يشترك الناس في الفضل، لقول رسول الله ﷺ: «لَا يَمْنَعْ فَضْلَ الْمَاءِ لَيَمْنَعَ بِهِ الْكَلَأَ». وهذه البئر لا تباع[٢٨] ولا تورث على وجه الملك، إلا أن الورثة ينزلون منزلة موروثهم في التبدئة بالشرب؛ وإن أوصى بثلث ماله لرجل، فلا يبدؤون بالشرب ولا ينزلون منزلة الموصي في ذلك، هذه رواية أصبغ عن ابن القاسم في العتبية.

فصل

فإن تشاح أهل البئر في التبدئة، فقد قال ابن الماجشون إن كانت لهم سنة من تقديم ذي المال الكثير أو قوم على قوم وكبير على صغير، حملوا عليها[٢٩]، وإلا استهموا؛ وهذا ـ عندي إذا استوى تعددهم من حافرها؛ وأما إن كان بعضهم أقرب إليه، فهو أحق بالتبدئة ـ قلت ماشيته أو كثرت، ولا حظ فيها لزوجة ولا زوج بالزوجية وهما كالأجنبي إذا لم يكونا من ذلك البطن؛ والبئر والماجل والجب في ذلك سواء عند مالك، خلاف قول المغيرة في أن له أن يمنع فضله ماء جب الماشية، ووجه قوله أن الجب يتكلف فيه نفقة كثيرة وليس بمعين كالبئر التي إذا نزف منها شيء عاد فيه مثله، فلا يحمل أمره على أنه أراد به الصدقة إلا ببيان، وهو في بئر الماشية يحفرها في المهامه، ـ محمول[٣٠] على أنه إنما أراد به الصدقة؛ فإن ادعى أنه[٣١] لم يرد الصدقة، وأنه أراد أن يبيع ماءها لم يصدق، ومنع من ذلك

---

(٢٨) تباع ولا تورث: ح ٢ هـ، تباع ولا تملك ولا تورث ـ بزيادة (ولا تملك): ت.

(٢٩) عليها: ت، عليه: ح ٢ هـ.

(٣٠) محمول: ح ٢ هـ، فهذا محمول ـ بزيادة (فهذا): ت.

(٣١) فإن ادعى أنه: ح ٢ هـ، إن كان ادعى على أنه: ت.

بالحكم؛ ولو أشهد عند حفره إياها أنه إنما يحفرها لنفسه، لوجب ألا يمنع من بيع مائها، وأن يستحقها ملكاً بالإحياء على حكم إحياء الموات؛ قال في المدونة أكره بيع ماء بئر الماشية، وقال في المجموعة لا يجوز ذلك؛ فقيل إنه لا اختلاف من القول، والصحيح أن ذلك إنما يعود إلى الفرق بين أن يحفرها على وجه الصدقة، أو على غير وجه الصدقة ـ والله أعلم.

فصـــل

ووجه التبدئة في الشرب في بئر الماشية إذا اجتمع أهل البئر والمارة وسائر الناس بمواشيهم والماء يقوم بهم: أن يبدأ أولاً أهل الماء فيأخذوا[٣٢] لأنفسهم حتى يرووا، ثم المارة حتى يرووا، ثم دواب أهل الماء حتى يرووا[٣٣] ثم دواب المارة حتى يرووا، ثم مواشي أهل الماء حتى يرووا، ثم الفضل لسائر مواشي الناس. وبدأ أشهب دواب المسافرين[٣٤] قبل دواب أهل الماء.

فصـــل

فأما إن لم يكن في الماء فضل وتبدئة أحدهم يجهد الآخر فإنه يبدأ بأنفسهم ودوابـهم مـن كان الجهد عليه أكثر بتبدئة صاحبه، فإن استووا في الجهد تساووا؛ ـ هذا مذهب أشهب؛ وعلى ما ذهب إليه ابن لبابة أنهم إذا استووا[٣٥] في الجهد، فأهل الماء أحق بالتبدئة لأنفسهم ودوابهم؛ وأما إن قل الماء جرا أو خيف على بعضهم بتبدئة بعض ـ الهلاك فإنه يبدأ أهل الماء فيأخذون لأنفسهم ما يذهب عنهم الخوف[٣٦] فإن فضل فضل أخذ المسافرون لأنفسهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم؛ فإن فضل فضل، أخذ أهل الماء لدوابهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم؛ فإن

---

(٣٢) فيأخذوا: ت، فيأخذون: ح ٢ هـ.

(٣٣) عبارة (ثم المارة... أهل الماء حتى يروا) ساقطة في ح ٢ هـ، ثابتة في هـ.

(٣٤) المسافرين قبل: ت هـ، المسافرين من قبل: ح ٢.

(٣٥) عبارة (هذا مذهب.. إذا استووا) ساقطة في ت، ثابتة في ح ٢ هـ.

(٣٦) عنهم الخوف: ت هـ، الخوف عنهم: ح ٢.

فضل فضل أخذ المسافرون لدوابهم بقدر ما يذهب الخوف عنهم، ولا اختلاف ـ عندي في هذا الوجه؛ هذا الذي يتحصل عندي[٣٧] من قول أشهب وابن لبابة.

فصــل

وأما ما كان منها غير مستنبطة[٣٨] مثل الأنهار والعيون والغدر، فهي لجماعة المسلمين يشتركون في المنفعة بها فيما يحتاجون إليه من الصيد والمرور بقواربهم لحوائجهم ومنافعهم؛ ومن كان يلي النهر من جهتيه[٣٩] بأرضه فله أن ينشىء[٤٠] عليها رحى ويكون أحق بها؛ وأما إن كانت الضفتان لرجلين فليس لأحدهما أن يعمل رحى في جهته وينفذ سده إلى برية[٤١] صاحبه إلا بإذنه، فإن اجتمعا على عمل الرحى فاشتركا فيها، وإلا اقتسما الماء ـ فأخذ كل واحد منهما نصفه فعمل فيه رحى ـ إن قدر على ذلك.

فصــل

وذلك بخلاف الصيد ليس لمن على النهر من جانبيه أن يختص بالصيد فيما يوازي أرضه دون جماعة الناس ـ لو عمل في ذلك الموضع مصائد للحوت بالقصب والخشب وما أشبه ذلك مما يعرفه أهل الاصطياد بدأوا بالاصطياد فيها؛ فإذا نالوا حاجتهم، خلوا بين الناس وبينها[٤٢] يصطادون فيها، وبهذا قال مطرف[٤٣] وابن الماجشون في الواضحة؛ وذلك عندي بعد أن يصير إليهم فيما صادوا بها قدر ما أنفقوا فيها؛ واختلف في الصيد في الغدر التي تكون في ملك الرجل؛ فقال ابن القاسم: ليس لصاحب الأرض أن يمنع أحداً من الصيد فيها،

---

(٣٧) كلمة (عندي) ساقطة في ت، ثابتة في ح ٢ هـ.

(٣٨) مستنبطة: ح ٢ هـ، مستنبط: ت.

(٣٩) جهتيه: ت ح ٢، جهته: هـ.

(٤٠) ينشىء: ح ٢ هـ، يبني: ت.

(٤١) برية: ح ٢، تربة: ت، غير منقوطة في هـ.

(٤٢) بين الناس وبينها: ح ٢ هـ، بينها وبين الناس: ت.

(٤٣) وبهذا قال مطرف: ت، وبها قال ذلك مطرف: ح ٢، وبها قال مالك ومطرف: هـ.

وقال مطرف وابن الماجشون وسحنون: له أن يمنع الناس من الصيد فيها؛ وروي عن أشهب التفرقة في ذلك بين أن تكون الحيتان تولدت فيها من الماء أو يكون طرح هو فيها حيتاناً تولدت منها؛ واختلف أيضاً في الخشب التي يمر بها في الأنهار فلا يقدرون على الجواز بها إلا بخرق السداد هل لهم أن يخرقوا السداد ويجوزوا بخشبهم، أم ليس لهم ذلك على قولين؛ ففي سماع حسين بن عاصم من كتاب السداد والأنهار من العتبية؛ أن ذلك لهم[٤٤]؛ وروى مثله سحنون عن ابن القاسم في غير العتبية، وقال محمد بن إبراهيم بن دينار المدني؛ وكتب إليه من الأندلس عن الخشب التي تقطع بالمغرب ـ عندنا ـ فتطرح بالوادي، فربما مرت بأصحاب السداد فيمنعونهم من خرق السداد وهم يصلحونه ـ كما كان؛ قال إن كان خرقهم إياه يضر بأصحاب السد لم[٤٥] أرَ أن يخرقوا شيئاً ـ وإن كان لا يضر بهم ـ وهو يصلحونه. لا يخاف عليه حالة من أجل ما خرق صاحب الخشب بعد إصلاحهم إياه، فأرى ألا يمنعوا من خرق ما مروا به ـ على ما ذكرت لك؛ وبالله التوفيق.

---

(٤٤) انظر البيان والتحصيل ج ١٠/٣٣٥ ـ ٣٣٦.

(٤٥) أصحاب السد: ح ٢، أصحاب السداد: هـ، صاحب السد: ت.

كتاب المديان

قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾[1]. وقال تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[2] فدل ذلك من قوله على جواز التداين، وذلك إذا تداين في غير سرف ولا فساد ـ وهو يرى أن ذمته تفي بما تداين به.

فصـــل

وقد رويت عن النبي ﷺ آثار كثيرة في التشديد في الدين، منها: ما روى ابن أبي[3] قتادة عن أبيه[4] أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ ـ فقال: يا رسول الله أرأيت إن قتلت في سبيل الله صابراً محتسباً مقبلاً غير مدبر، أيكفر الله عني خطاياي؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم. فلما أدبر الرجل، ناداه رسول الله ﷺ أو أمر به فنودي له، فقال له رسول الله ﷺ كيف قلت؟ فأعاد عليه قوله، فقال له النبي عليه السلام نعم، إلا الدين، فإنه كذلك قـــال لي جبريل عليه السلام[5]؛ ومنها: ما روي عنه أنه ﷺ كان جالساً مع أصحابه في موضع الجنائز، إذ رفع رأسه ثم نكسه

---

(١) الآية: ٢٨٢ ـ سورة البقرة.

(٢) الآيتين: ١١ ـ ١٢ من سورة النساء.

(٣) روى ابن أبي قتادة: ح ٢، روى أبو قتادة: ت، روى عن أبي قتادة: هـ والأنسب نسخة ح ٢.

(٤) جملة (عن أبيه) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ.

(٥) رواه مالك في الموطأ ص ٣٠٦ ـ ٣٠٧، وأخرجه مسلم والنسائي وابن ماجه.

ثم وضع راحته على جبهته ثم قال سبحان الله ماذا أنزل الله من التشديد في الدين[6] أو قال ﷺ: «**صَاحِبُ الدَّيْن مَأْسُورٌ يَوْمَ الْقِيامَةِ بِالدَّيْن**»[7] وقال عليه السلام: «**نَفْسُ الْمُؤمِن مَعلَّقَةٌ بِدَيْنِه**» أو قال: «**مَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ حَتَّى**[8] **يُقْضَى عَنْهُ**»[9] وقال ﷺ: «**مَنْ كَانَ هَهُنَا مِنْ بَنِي فُلانٍ؟**» **فَلَمْ يُجِبْهُ أَحَدٌ، ثُمَّ قَالَهَا فَلَمْ يُجِبْهُ أَحَدٌ ثُمَّ قَالَهَا فَلَمْ يُجِبْهُ أَحَدٌ، ثُمَّ قَالَها فَلَمْ يُجِبْهُ أَحَدٌ**؛ فقام رجل، فقال له رسول الله ﷺ: «**مَا مَنعك أَنْ تُجيبَ؟**» فقال خشيت أن يكون نزل فينا من الله قرآن، فقال: «**لَمْ أَكُنْ لأَدْعُوَ أَحداً مِنْكُمْ إلاَّ إِلَى خَيْرٍ، وَلَكِنَّ صَاحِبَكُمْ حُبِسَ بِدَيْن عَلَيْهِ دُونَ الْجَنَّةِ**». وقال لسعد بن الأطول: «**إِنَّ أَخَاكَ مَحْبُوسٌ فِي دَيْنِهِ فَاقْضِ عَنْهُ**»[10]. فيحتمل أن يكون هذه الأشياء إنما وردت فيمن تداين في سرف أو فساد غير[11] مباح، أو فيمن تداين وهو يعلم أن ذمته لا تفيء بما تداين به، لأنه متى فعل ذلك فقد قصد إلى استهلاك أموال الناس؛ وقد قيل إن هذا كله كان من النبي ﷺ في الدين قبل أن يفتح الله عليه الفتوحات، وقبل أن يفرض على الناس الزكوات؛ فما أنزل الله تعالى براة، ففرض فيها الزكوات وجعل منها للفارسي سهماً، وأنزل آية الفيء والخمس، فجعل فيها حقاً للمساكين وابن السبيل، قال حينئذ النبي ﷺ من ترك مالاً فلورثته ومن ترك ديناً فعليّ.

فصل

فكل من أدان في مباح وهو يرى أن ذمته تفي بما أدان به فغلبه الدين فلم

---

(٦) أخرجه أحمد والنسائي والحاكم من حديث محمد بن جحش.
انظر الفتح الكبير ٢/١٥١.

(٧) رواه الطبراني في الأوسط من حديث البراء بن عازب، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٤/١٨٨.

(٨) حتى يقضى عنه: ح ٢ هـ، حتى يقضيه أو يقضى عنه ـ بزيادة (حتى يقضيه): ت.

(٩) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم من حديث أبي هريرة.
انظر الفتح الكبير ٣/٢٦٤.

(١٠) رواه أحمد وابن ماجه والبيهقي من حديث سعد بن الأطول.
انظر الفتح الكبير ١/٨٨.

(١١) فساد غير مباح: ح ٢ هـ، فساد أو غير مباح: ت.

(١٢) ففرض: ت، وفرض: هـ، فرض: ح ٢.

يقدر على أدائه حتى توفي، فعلى الإمام أن يُؤدي ذلك عنه من بيت مال المسلمين، أو من سهم الغارمين من الصدقات، أو من الصدقات كلها ـ إن رأى ذلك على مذهب مالك، ومن يرى أنه إن جعل الزكاة كلها في صنف واحد، أجزأه وقد قيل لا يجوز أن يؤدى دين الميت من الزكاة، فعلى هذا القول إنما يؤدي الإمام دين من مات وعليه دين من بيت المال من الفيء الحلال للفقير والغني.

فصــل

وواجب على كل ذي دين أن يوصي بأدائه، فإذا فعل وترك من المال ما يفي بدينه، فليس بمحبوس عن الجنة من أجل دينه؛ وكذلك إن لم يترك وفاء دينه[13]، فعلى الإمام أن يؤديه عنه من بيت المسلمين، أو مما فرض الله في الزكاة للغارمين، فإن لم يفعل، فهو المسئول عن ذلك وليس صاحب الدين بمحبوس عن الجنة من أجل دينه إذا لم يقدر على أدائه في حياته وأوصى بأدائه بعد مماته. وقد استعاذ رسول الله ﷺ من الدين فقال: **اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم**، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه إياكم والدين فإن أوله هم، وآخره حرب.

فصــل

ومن كان عليه دين ولم يكن له مال يؤديه منه، فهو[14] في نظرة الله تعالى إلى أن يوسر، ولا يحبس ولا يؤاجر ولا يستخدم ولا يستعمل، لأن الدين إنما تعلق بذمته، فلا يصح أن يؤاجر فيه. قال ابن المواز حراً كان أو عبداً: مأذوناً له في التجارة وهذا[15] قول مالك وجمهور أهل العلم، خلافاً لأحمد بن حنبل في قوله إن المعسر يؤاجر في الدين، والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك رحمه الله، قول الله عزّ وجلّ: ﴿ **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ** ﴾[16] معناه إن حضر ذو

---

(١٣) وفاء دينه: ح ٢، وفاء بدينه: ت، والجملة ساقطة في هـ.

(١٣ م) حديث متفق عليه، انظر الفتح الكبير ١/٢٤٠ ـ ٢٤١.

(١٤) فهو: ح ٢ هـ، فإنه: ت.

(١٥) وهذا: ح ٢ هـ، هذا: ت.

(١٦) الآية: ٢٨٠ ـ سورة البقرة.

عسرة، أو وقع ذو عسرة، فالآية عامة في كل من أعسر بدين، كائناً ذلك الدين ما كان؛ وقد روي عن ابن عباس وقوم من المفسرين أن الآية نزلت في الربا، وإلى هذا ذهب شريح فقال[١٧]: إن المعسر يحبس في الدين، لأن الله قد أمر بأداء الأمانة، والآية في إنظار المعسر إلى أن يوسر، إنما أنزلت في الربا؛ وإنما قال ذلك شريح ومن قال بقوله، لكونها بعقب ذكر الربا، فظنوا أنها فيه وليس ذلك بصحيح لوجهين، أحدهما أن الربا قد أحبطه[١٨] الله وأبطله، فكيف يكون فيه نظرة. والثاني أن القراءة إنما هي[١٩]: وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ ـ بالرفع، فلما كان كذلك، علم أنه لم يعن بها صاحب الربا، ولو عنى بها صاحب الربا ـ كما قال شريح، لقيل وإن كان ذا عسرة أي إن كان الذي عليه الربا ذا عسرة، وكذلك في قراءة أبي بن كعب.

فصــل

ولو قال الذي قال[٢٠]: إن الآية معطوفة على الربا ـ: إنها معطوفة على رأس مال الربا، لكان سائغاً على هذه القراءة، ولوجب أن يقاس سائر الديون على رأس مال الربا؛ إذ لا فرق بين رأس مال الربا وغيره من الديون؛ فبان بما أردناه صحة ما ذهب إليه مالك: أن المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الإعسار، فلا سبيل إلى المطالبة، ولا إلى الحبس بالدين؛ لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر.

فصــل

وهذا في المعسر المعدم، إذ ليس كل معسر معدماً، وكل معدم معسر؛ فالإعسار أعم من الإعدام؛ فالغرماء[٢١] على هذا ينقسمون على ثلاثة أقسام:

---

(١٧) فقال: ح ٢ هـ، وقال: ت.
(١٨) أحبطه: ح ٢، أسقطه: ت هـ.
(١٩) جملة (إنما هي) ساقطة في ح ٢.
(٢٠) ولو قال الذي قال: ح ٢ هـ، وقال الطبري: قيل: ت.
(٢١) فالغرماء: ح ٢ هـ، والغرماء: ت.

غريم غني، وغريم معسر غير معدم، وغريم معسر معدم؛ فأما الغريم الغني، فتعجيل الأداء عليه واجب، ومطله به عليه حرام غير جائز؛ لقول رسول الله ﷺ: «**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ**»[٢٢] وأما المعسر الذي ليس بمعدم ـ وهو الذي يحرجه تعجيل القضاء ويضر به، فتأخيره إلى أن يوسر ويمكنه القضاء من غير مضرة تلحقه، مرغب فيه ومندوب إليه؛ قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِراً أَظَلَّهُ اللهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ**»[٢٣]. والآثار في ذلك كثيرة، والمطل بالأداء وهو جاهد فيه غير مقصر ولا متوان، غير محظور عليه إن شاء الله؛ وكان الشيوخ بقرطبة رحمهم الله يفتون بتأخيره بالاجتهاد على قدر المال وقلته، ولا يوكلون عليه في بيع عروضه وعقاره في الحال؛ وعلى ذلك تدل الروايات، خلاف ما كان يفتي به سائر فقهاء الأندلس من التوكيل عليه ببيع ماله وتعجيل إنصافه؛ وأما المعسر المعدم فتأخيره إلى أن يوسر واجب، والحكم بذلك لازم؛ لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسُرَةٍ** ﴾.

فصل

والغريم محمول على الملأ حتى يتبين عدمه ـ كان قد أخذ في الدين الذي يطلب به عوضاً أو لم يؤخذ له عوضاً؛ لأنه إن كان أخذ عوضاً فهو مال قد حصل إليه، فلا يقبل منه دعوى العدم حتى يبينه؛ وإن كان لم يأخذ له عوضاً، فالمعلوم من حال الناس التكسب وطلب المال، فهو محمول على ما يعلم من حال الناس وما جبلهم الله عليه؛ هذا قول أبي إسحاق وغيره، ويدخل ـ عندي ـ في هذا الوجه الآخر[٢٤] الاختلاف بالمعنى من مسألة الذي يغيب عن امرأته ثم تطلبه بالنفقة.

فصل

وحبس الغريم إنما يكون ما لم يظهر عـدمه ويثبت فقره[٢٥]، والدليل على

(٢٢) حديث متفق عليه.

(٢٣) رواه أحمد ومسلم من حديث أبي اليسر، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٨٩/٦.

(٢٤) كلمة (الآخر) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ.

(٢٥) جملة (ويثبت فقره) ساقطة في ت، ثابتة في ح ٢ هـ.

إجازة حبسه في هذه الحال، قول الله تعالى: ﴿ وَمِنَ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إلَيْكَ، وَمِنْهُمْ مَنِ إنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إلَيْكَ إلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِماً ﴾[٢٦]. فإذا جازت ملازمته ومنعه من التصرف، جاز حبسه ولا خلاف في هذا[٢٧] بين فقهاء الأمصار.

فصـــل

وحبس المديان على ثلاثة أوجه:

أحدها: حبس تلوم واختبار فيمن جهل حاله.

والثاني: حبس من ألد واتهم بأنه خبأ ماله وغيبه.

والثالث: حبس من أخذ أموال الناس وتقعد عليها وادعى العدم، فتبين كذبه، إذ لم يعلم أنه جرى عليه سبب أذهب ما حصل عنده من أموال الناس.

فأما حبس التلوم والاختبار في المجهول الحال، فبقدر ما يستبرأ أمره ويكشف عن حاله، وذلك يختلف باختلاف الدين فيما روى ابن حبيب عن ابن الماجشون، فيحبس في الدريهمات اليسيرة ـ قدر نصف شهر، وفي الكثير من المال أربعة أشهر، وفي الوسط منه شهرين؛ ووجه ذلك أنه يسجن على وجه اختبار حاله، فوجب أن يكون على قدر الحق الذي يسجن من أجله. وأما حبس من ألد واتهم بأنه خبأ مـالاً[٢٨] وغيبه، فإنه يحبس حتى يؤدي، أو يثبت عدمه فيحلف ويسرح؛ وأما حبس[٢٩] من أخذ أموال الناس وتقعد عليها وادعى العدم فتبين كذبه، فإنه يحبس أبداً حتى يؤدي أموال الناس، أو يموت في السجن؛ وروي عـن سحنون أنه يضرب بالدرة ـ المرة بعد المرة حتى يؤدي أموال الناس، وليس قوله هذا بخلاف مذهب مالك رحمه الله، فقد قال مالك يضرب الإمام الخصم على اللدد، وأي لدد أبين من هذا؟ فالقضاء بما روي عن سحنون في مثل هؤلاء الذين

(٢٦) الآية: ٧٥ ـ سورة آل عمران.

(٢٧) هذا: ح ٢ هـ، ذلك: ت.

(٢٨) مالا: ح ٢ هـ، ماله: ت.

(٢٩) وأما: ت هـ، وإذا: ح ٢.

يقعدون على أموال الناس، ويرضون بالسجن ويستخفونه ليأكلوا أموال الناس ويستهضمونها؛ هو الواجب الذي لا تصح مخالفته ـ إن شاء الله؛ وقد قال عمر بن عبد العزيز تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور. وما حكى ابن الهندي عن سحنون أنه قال في أمر ابن أبي الجواد إذ ضربه حتى مات ـ إن صح، فلا يدل على رجوعه عن مذهبه، وإنما يدل على ثبوته عليه واستبصاره فيه مع ورعه وفضله؛ لأنه قال: لم أقتله أنا وإنما قتله الحق، وأشفق مع ذلك إشفاق المؤمن الحذر الخائف لربه مخافة أن يكون جاوز في اجتهاده ائتساء بعمر بن الخطاب رضي الله عنه في قوله: لو مات حمل بشاطىء الفرات ضياعاً، لخشيت أن يسألني الله عنه.

فصـــل

فإن سأل المحبوس للتلوم والاختبار أن يعطي حميلاً حتى يتبين حاله ويكشف عن أمره ولا يحبس، فقال في المدونة في هذا الوجه: يحبس أو يؤخذ عليه حميل، ولم يبين إن كان بالوجه أو بالمال؛ قال أبو إسحاق التونسي بالوجه دون المال في مذهب ابن القاسم ـ يريد حميلاً بإحضاره عند انقضاء المدة التي يجب سجنه فيها لاختبار حاله، فإذا أحضره عندها بريء من الضمان وحبس إن تبين أن له مالاً حتى يؤدي؛ وإن كان لم يتبين أن[30] له مالاً أطلق بعد اليمين، وإن لم يحضره غرم وإن تبين أنه عديم من أجل اليمين اللازمة له وإن سأل المحبوس للدد والتهمة ـ أن يعطي حميلاً بوجه إلى أن يثبت عدمه، لم يمكن من ذلك؛ لأن التضييق بالسجن واجب عليه للتهمة اللاحقة به رجاء أن يؤدي، فإن أراد ألا يسجن أعطى حميلاً غارماً لا يسقط عنه الغرم إثباته للغريم المطلوب العدم؛ وكذلك إن أقام بينة بالعدم ولم تزك ـ قاله سحنون؛ وأما إن أثبت العدم وسأل الطالب أن يعذر إليه في الشهود الذين شهدوا له بالعدم، فإن قدر على حميل بوجهه ليحضره فيعاد إلى السجن ـ إن دفع في البينة، أو يستحلف إن عجز عن الدفع؛ لم يسجن؛ وليس قول ابن القاسم بمخالف[31] لقول سحنون في هذا الوجه ولا قول سحنون بمخالف[31]

(٣٠) كلمة (أن) ساقطة في ت.

(٣١) بمخالف: ح ٢، بخلاف: هـ، مخالفاً: ت.

لقول ابن القاسم في الوجه الأول، وأما المحبوس لتقعده على[٣٢] أموال الناس، فلا ينجيه[٣٣] من السجن والضرب على ما روي عن سحنون إلا حميل غارم، وهذا كله بين.

فصــل

ويحبس الوصي فيما على الأيتام من دين ـ إذا كان لهم[٣٤] في يده مال وكذلك الأب في دين الولد ـ إذا كان له بيده مال[٣٥] رواه ابن سحنون عن ابن عبد الحكم، ومعنى ذلك أنه قبض مالاً ولم يعلم إنفاذه فلا يقبل قوله؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر من حاله، ويحبس الأب إذا امتنع من الإنفاق على ولده الصغير، ولا يحبس له في دينه إذا كان له عليه دين[٣٦] والفرق بينهما أن تركه للإنفاق على ولده الصغير من الإضرار به، فالسلطان يأخذه بذلك ويلزمه إياه ويحبس المسلم الكافر والسيد لمكاتبه؛ ووجه ذلك أن الحقوق لا يُعتبر[٣٧] فيها الحرمة والمنزلة إلا الوالد في حق الولد، لأن حقه عليه ليس لأجل حرمته ومرتبته، لأن حرمتهما واحدة؛ وإنما ذلك لما له عليه من حق الأبوة الموجبة للنفقة، ويحبس سائر القرابات من الأجداد وغيرهم ـ والله أعلم.

فصــل

وهذا لمن لم يتفالس ويقول لا شيء لي، وأما إذا حل الدين فسأل أن يؤخر ووعد بالقضاء، فليؤخره الإمام حسبما يرجو له ولا يعجل عليه بالتفليس وبيع عروضه عليه في الحين؛ والروايات بذلك مسطورة في المدونة والعتبية والواضحة وغيرها من الدواوين، وتأخير الأخذ بالشفعة بالنقد من هذا المعنى.

---

(٣٢) على: ت ح ٢، عن: هـ.
(٣٣) ينجيه: هـ، ينجه: ت.
(٣٤) لهم: ت هـ، له: ح ٢.
(٣٥) له بيده مال: ح ٢، له في يده مال: هـ، له مال في يده: ت.
(٣٦) له عليه دين: ح ٢ هـ، له دين عليه: ت.
(٣٧) تعتبر: ح ٢، يعتبر: ت، غفل في هـ.

فصـــل

وإذا أخر الغريم بما حل عليه، أُخذ منه حميل ـ قاله سحنون في كتاب ابنه، فإن لم يكن له حميل سجن؛ ووجه هذا إن تعذر القضاة قد يتجه على أكثر الناس، إلا أن يكون رجلاً[38] يعرف بالوفر، وأن عنده الناض فلا يؤجل ولا يؤخر.

فصـــل

فإن لم يعلم أنه من أهل الناض وادعى الغريم أن عنده مالاً ناضاً، وأنه إنما يريد اللدد به والإضرار بتأخير حقه عنه، ودعا إلى تحليفه على ذلك؛ فيجري الأمر على الاختلاف في يمين التهمة؛ وكان أبو عمر الإشبيلي رحمه الله ـ يضعف اليمين في ذلك ويحتج لِتضعفها بقول مالك في سماع أشهب من كتاب الزكاة، وجل الناس ليس لهم نقد؛ وأما إن حقــق عليه الدعوى فاليمين له عليه واجبة باتفاق، فإن نكل عليها حلف الطالب وجبر المطلوب على الإداء، ولم يؤخر قليلاً ولا كثيراً.

فصـــل

فإن سأل الطالب أن يفتش عليه داره وقال إنه قد غيب فيها ماله، فإن الشيوخ المتأخرين كانوا يختلفون في ذلك، حكى الفقيه أبو الأصبغ ، وابن سهل رحمه الله أنه ـ شاهد الفتيا والحكم بطليطلة إذا دعا الطالب إلى أن يفتش مسكن المطلوب عند ادعائه العدم بالحق، أن يفتش مسكنه فما ألفي فيه من متاع الرجال بيع عليه وأنصف الطالب منه، لا يختلف[39] فقهاؤهم في ذلك، وأنه أنكر ذلك على أكثرهم فاستصـروا فيه ولم يرجعوا عنه، وأنه سأل عن ذلك الفقيه ابن عتاب ـ رحمه الله فأنكره، وأنكره أيضاً ابن مالك وقال أرأيت إن كان الذي يلفى في بيته ودائع؟ قال فقلت له ذلك محمول على أنه ملكه حتى يتبين خلافه؛ فقال: يلزم إذاً توقيفه والإستيناء به حتى يعلم هل[40] له طالب أو يأتي بمدع فيه؟ قال وأعلمت ابن

---

(٣٨) رجلاً: ت هـ، رجل: ح ٢ ـ وهو تحريف.

(٣٩) يختلف: ح ٢، تختلف: ت، غفل في هـ.

(٤٠) هل له: ح ٢ هـ، إنه: ت.

القطان بعمل طليطلة في ذلك، فقال لي ما يبعد ولم ينكره، وأنا أراه حسناً فيمن ظاهره الإلراد والمطل واستسهال الكذب، والله أعلم بالصواب.

فصـــل

وإذا ثبت عدم الغريم وانقضاء أمد سجنه، فلا يطلق حتى يستحلف ما له مال ظاهر ولا باطن، ولئن وجد مالاً[41] ليؤدين إليه حقه؛ وإنما وجب أن يحلف مع ثبوت عدمه، لأن الشهود إنما يشهدون له على العلم كالذي يستحق العرض بشهادة الشهود، فلا بد أن يحلف أنه ما باع ولا وهب، إذ شهادة الشهود في ذلك، إنما هي على العلم لا على القطع.

فصـــل[42]

فإذا حلف، خلي سبيله ولم يكن للطالب عليه سبيل حتى يتبين أنه قد أفاد مالاً فإن قام عليه بعد ذلك وادعى أنه قد أفاد مالاً ـ ولم يأت على ذلك ببيِّنة وسأل أن يحلفه: ما أفاد بعد ذلك مالاً، لم يكن ذلك له؛ لأنه قد استحلف على ذلك، لئلا يتعنته باليمين في كل يوم؛ فهذا هو فائدة زيادة قوله في اليمين ولئن وجد ليؤدين إليه حقه والله أعلم.

فصـــل

فإن شهد له قوم بالعدم وشهد عليه آخرون بالملأ ولم يعينوا له مالا، ففي أحكام ابن زياد أن شهادة من شهد بالملأ أعمل وإن كانوا أقل عدالة، ويحبس بشهادتهم حتى تقوم له بينة أنه أعدم بعد ذلك بحاجة أتت عليه؛ وهذا ـ عندي بعيد، ولا[43] يصح عندي في المسألة إلا رواية أبي زيد أن ذلك تكاذب وتهاتر، وأن بينة العدم أعمل، لأنها أثبت حكماً، وهو تحليفه وتسريحه، والثانية نفت

---

(41) ولئن وجد مالاً: ح ٢ هـ، ولئن فتح الله بمال: ت.

(42) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(43) ولا: ح ٢ هـ، فلا: ت.

الحكم وإنما يشبه أن يقال إن بينة الملأ أعمل إن كان هذا الاختلاف بين البينتين بعد أن حلف وسرح؛ لأن البينة التي شهدت عليه بالملأ تكون ههنا هي التي أوجبت الحكم ـ وهو رده إلى السجن والله أعلم. ورواية أبي زيد قد وقعت في كتاب المديان والتفليس في بعض الروايات، قال فيها إنه لا ينظر إلى هؤلاء ـ وإلى هؤلاء، ويدس في ذلك أهل الصلاح والفضل؛ فإن كان له مال ضيق عليه حتى يؤخذ منه الحق، وإن لم يكن له شيء خلي حتى يرزقه الله تعالى؛ فعلى هذه الرواية جعل البينتين متعارضتين تسقطان جميعاً إذا استوت في العدالة، ويرجع إلى أصل حاله؛ فإن كان متهماً بأنه خبأ مالاً، حبس حتى يأتي ببينة على العدم أعدل من البينة التي شهدت عليه[٤٤] بالملأ وإن كان إنما سجن تلوماً واختباراً، أطلق إذا انقضت مدة اختباره ـ على ما حكيناه عن ابن الماجشون من التفصيل في ذلك.

فصل

ومن أحاط الدين بماله فلا تجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا إقرار بدين لمن يتهم عليه، ويجوز بيعه وابتياعه ـ ما لم يحجر عليه؛ وكذلك له أن ينفق على زوجه وعلى كل من يلزمه الإنفاق عليه، وأن يتزوج من المال الذي بيده ما لم يضرب على يديه ويحجر عليه فيه، وليس له إن جنى جناية عمداً فيها القصاص أن يصالح بما بيده من أموال غرمائه ـ على رفع القصاص عن نفسه، ولو كانت الجناية خطأً أو عمداً لا قصاص فيها، كان ذلك له؛ وإن وهب أو تصدق ـ وعليه ديون كثيرة، وبيده ما لا يدري أن كان يفي بما عليه من الديون أم لا[٤٥]، فالهبة والصدقة جائزة حتى يعلم أن ما عليه من الدين يستغرق ماله، قاله ابن زرب، واحتج على ذلك برواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الرضاع في الذي يدفع إلى المطلقة نفقة سنة ثم يفلس بعد ستة أشهر، أنه إن كان يوم دفع النفقة قائم الوجه جائز الأمر ولم يظهر من فعله[٤٦] سرف ولا محاباة فذلك جائز وبالله التوفيق.

---

(٤٤) عليه: ت، له: ح ٢ هـ.

(٤٥) أم لا: ح ٢ هـ، أو لا: ت.

(٤٦) فعله: ح ٢ هـ، حاله: ت.

كتاب التفليس

الفلس عدم المال، والتفليس خلع الرجل من ماله لغرمائه؛ والمفلس المحكوم عليه بحكم الفلس، والمفلس الذي لا مال له؛ وروي عن النبي ﷺ ـ أنه قال: «**أَتَدْرُوْنَ مَنِ الْمُفْلِسُ مِنْ أُمَّتِي؟ قَالُوا الْمُفْلِسُ الذِي لَا دَرَاهِمَ لَهُ**[1]. **قَالَ الْمُفْلِسُ الذِي يَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِصَلَاةٍ وَصِيَامٍ**[2] **وَصَدَقَةٍ، وَيَجِيءُ وَقَدْ ظَلَمَ هَذَا، وَأَكَلَ مَالَ هَذَا، وَضَرَبَ هَذَا، وَشَتَمَ هَذَا؛ فَيُقْعَدُ فَيُقْتَصُّ**[3] **لِهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ، وَلِهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ، فَإِنْ فَنِيَتْ حَسَنَاتُهُ، وَلَمْ تَفِ بِمَا قِبَلَهُ مِنَ الذُّنُوبِ والْخَطَايَا؛ أُخِذَ مِنْ خَطَايَا الْقَوْمِ فَطُرِحَتْ عَلَيْهِ ثُمَّ طُرِحَ فِيْ النَّارِ**»[4]، وروي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ **تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ**، فتصدق عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه؛ فقال رسول الله ﷺ: «**خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**»[5]، وهو معاذ بن جبل، فلم يزد ـ ﷺ ـ غرماءه على أن خلع لهم ماله ولم يأمر ببيعه ولا حبسه[6]، وعلى هذا فقهاء الأمصار: أن المفلس لا يؤاجر في الدين ولا يحبس فيه، لقول الله عزَّ وجلَّ:

---

(١) له: ح ٢ هـ، عنده: ت.

(٢) بصلاة وصيام: ت، بصيام وصلاة: ح ٢ هـ.

(٣) فيقتص: ص، فينقص: ح ٢، يقبض: ت.

(٤) أخرجه أحمد والترمذي من حديث أبي هريرة.
انظر الفتح الكبير ١/٣٠.

(٥) أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه.

(٦) حبسه: ح ٢ هـ، سجنه: ت.

﴿وَإِنْ كَانَ ذُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسُرَةٍ﴾، خلافاً لأحمد بن حنبل في قوله: إن المفلس يؤاجر فيما عليه من الدين وهو مذهب ابن شهاب حكاه عنه الطحاوي وقال: ما علمت أحداً قاله غيره؛ وخلافاً لشريح في قوله إنه يحبس في الدين، لأن الآية عنده إنما وردت في الربا. ولو كان ذلك[7]، لكانت القراءة: وإن كان ذا عسرة فنظرة إلى ميسرة. وإنما القراءة وإن كان ذو عسرة، معناه إن وقع ذو عسرة، أو حضر ذو عسرة، فهو عام في الربا وغيره من الديون، وقد تقدم الكلام على هذا؛ وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ـ رفع إليه أن رجلاً من جهينة كان يشتري في الرواحل فيغلي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس، فقام عمر فقال: أما بعد فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج، وأنه أدان مقرضاً فأصبح قد دين به، فمن كان له عليه دين، فليأتنا حتى نقسم ماله بين غرمائه بالغداة؛ وإياكم والدين، فإن أوله هم وآخره حرب. وروي[8] أن عمر بن عبد العزيز ـ رضي الله عنه ـ أتي برجل غرق في دين، فقضى أن يقسم ماله بين غرمائه ويتركه حتى يرزقه الله.

فصـــل

وقد كان الحكم من النبي عليه السلام في أول الإسلام بيع المديان فيما عليه من الدين إذا لم يكن له به وفاء على ما كان عليه من الاقتداء بشرائع من قبله من الأنبياء ـ فيما لم ينزل عليه فيه شيء، إذ كان من شرائعهم إجازة استرقاق الأحرار، قال الله عزَّ وجلَّ في قصة يوسف عليه السلام: ﴿فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُم كَاذِبِينَ؟ قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُو جَزَاؤه﴾ ـ أي استعباده قيل سنة، وقيل أبداً ـ قضاء منهم على أنفسهم بقضاء أبيهم يعقوب عليه السلام؛ ولذلك حكمهم ليصل بذلك إلى أخذ أخيه، إذ لم يكن في حكم الملك إلا أن تؤخذ السرقة من السارق أو يغرم[9] ثمنها أو مثلي ثمنها؛ ومن ذلك ما روي أن الخضر سأله مسكين أن يتصدق

(٧) ذلك: ت، كذلك: ح ٢، وهي ساقطة في هـ.
(٨) روى أن عمر: ح ٢، وأن عمر: ت هـ.
(٩) أو يغرم: ت، ويغرم: ح ٢ هـ.

عليه بوجه الله، فقال: لقد سألت بعظيم ـ وما عندي ما أعطيك إلا أن تأخذني فتبيعني؛ قال: ويستقيم ذلك لي؟ قال: نعم الحق أقول لك، لا أخيبك ـ وقد سألت بعظيم؛ فأخذه فقدمه إلى السوق فباعه بأربعمائة درهم، فمكث عند المشتري ما شاء الله لا يستعمله، فقال له إنما اشتريتني التماس خير بي[10]، ومتى نعمل؟ قال: أكره أن أشق عليك، إنك[11] شيخ كبير؛ فقال: ما يشق علي، قال: فقم فانقل هذه الحجارة؛ فقام ـ وخرج الرجل إلى بعض حاجاته، ثم انصرف، وقد نقل الحجارة في ساعة، وكان لا ينقلها أقل من ستة نفر في يوم؛ ثم عرض له سفر فقال إني أحسبك أميناً فاخلفني في أهلي خلافة حسنة؛ قال[12] أوصني بعمل، فقال اضرب من اللبن حتى أقدم عليك، فقدم وقد شيد بناءه؛ فقال له أسألك بوجه الله العظيم ما جنسك؟ وما أمرك؟ فقال: سألتني بوجه الله ـ ووجه الله ألقاني في العبودية، فقص عليه قصته وقال أخبرك أنه من سئل بوجه الله فرد سائله وهو يقدر. وقف يوم القيامة وليس لوجهه جلد ولا لحم ولا عظم يتقعقع؛ قال آمنت بذلك، فأشفق عليه وأعتقه وخلى سبيله ـ يعبد الله؛ فقال: الحمد لله الذي أوقعني في العبودية واستنقذني[13] منها ـ اختصرت كثيراً من متن الحديث لطوله، والحديث في بيع المديان فيما عليه من الدين: ما روى زيد بن أسلم عن عبد الرحمن بن البيلماني[14] قال: كنت بمصر فقال لي رجل: ألا أدلك على رجل من أصحاب رسول الله ﷺ؟ فقلت[15] بلى، فأشار لي إلى رجل فجئته فقلت من أنت ـ يرحمك الله؟ فقال أنا سرق[16]، فقلت سبحان الله ما ينبغي أن تسمى بهذا

---

(١٠) خير بي: ح ٢ هـ، خيري: ت.

(١١) أنك: ح ٢ هـ، لأنك: ت.

(١٢) قال: ح ٢، فقال: ت هـ.

(١٣) بوجه الله: هـ، بالله: ت ح ٢.

(١٤) البيلماني: ت ح ٢، السلماني: هـ ـ وذكر بالوجهين في كتب التراجم، انظر تهذيب التهذيب ٤٥٦/٣، والإصابة ٧٠/٣ ـ ٧١.

(١٥) فقلت: ح ٢ هـ، قلت: ت.

(١٦ ـ ١٦) سرق: ت هـ، سراق: ح ٢ ـ وهو تحريف، والصواب ما في ت هـ وهو سرق ـ بضم السين وفتح الراء مشددة أو مخففة على اختلاف في ذلك ـ ابن أسد الجهني الديلي ويقال الأنصاري، له صحبة. انظر تهذيب التهذيب ٤٥٦/٣.

الاسم ـ وأنت رجل من أصحاب رسول الله ﷺ! فقال: إن رسول الله ـ ﷺ ـ سماني سرقا[١٦]، فلن أدع ذلك أبداً؛ فقلت ولم سماك سرقا؟ قال: لقيت رجلاً من أهل البادية ببعيرين له يبيعهما فابتعتهما[١٧] منه وقلت له انطلق معي حتى أعطيك، فدخلت بيتي ثم خرجت من خلف لي وقضيت بثمن البعيرين حاجتي. وتغيبت حتى ظننت أن الأعرابي قد خرج، فخرجت ـ والأعرابي مقيم ـ فأخذني فقدمني إلى رسول الله ﷺ فأخبرته الخبر، فقال رسول الله ﷺ ـ : ما حملك على ما صنعت؟ فقلت: قضيت[١٨] بثمنهما حاجتي يا رسول الله؛ قال فاقضه، قلت[١٩] ليس عندي شيء[٢٠] قال أنت سرق، إذهب يا إعرابي فبعه حتى تستوفي حقك؛ فجعل الناس يسومونه بي ويلتفت إليهم فيقول ما تريدون؟ فيقولون نريد أن نبتاعه منك ونعتقه؛ قال فوالله ما منكم أحوج إليه مني، اذهب فقد أعتقتك، ثم سبح الله[٢١]. هذا من حكم رسول الله ﷺ، لقوله تعالى: ﴿ وإن كَانَ ذُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلَى مَيْسُرَةٍ ﴾، وبالله التوفيق.

فصل

فالحكم في الرجل إذا غرق في الدين وقام به غرماؤه أن يضرب على يده ويحجر عليه فيما يوجد له من المال، ويحبس استبراء؛ فإذا اجتمع أهل دينه قسم ما وجد له من مال بينهم بالحصص بعد أيمانهم، واستحلف فيما بقي قبله من الدين ـ إذا انقضى أمد استبرائه بالحبس؛ وذلك يختلف في قلة المال وكثرته على ما روي عن ابن الماجشون: بالله الذي لا إله إلا هو ما له مال ظاهر ولا باطن، ولئن وجد مالاً ليؤدين إليه حقه.

(١٦) سرق: ت هـ، سراق: ح ٢ ـ وهو تحريف، والصواب ما في ت هـ وهو سرق ـ بضم السين وفتح الراء مشددة أو مخففة على اختلاف في ذلك ـ ابن أسد الجهني الديلي ويقال الأنصاري، له صحبة.

(١٧) فابعتهما: ت ح ٢، فبعتهما: هـ.

(١٨) فقلت: قضيت: هـ، قلت: قضيت: ت، قال: قضيت: هـ.

(١٩) قلت ليس: ت هـ، قال: ليس: ح ٢.

(٢٠) كلمة (شيء) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ.

(٢١) ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب ٢/٦٨٣، وابن حجر في الإصابة ٣/٧٠ ـ ٧١، ولم أقف على من خرجه.

فصــل

وإنما يتحاصَّ في مال المفلس من ثبت دينه ببينة، أو بإقرار من المفلس قبل التفليس لمن لا يتهم عليه؛ وأما بعد أن يفلس ويحال بينه وبين ماله ويمنع من البيع والشراء والأخذ والإعطاء، فإن إقراره حينئذ بدين في ذمته لا يجوز لقريب ولا بعيد[٢٢].

فصــل

ومدار هذا الكتاب على ستة فصول:

أحدها: معرفة ما يجوز من إقرار[٢٣] المفلس وأفعاله قبل التفليس وبعده مما لا يجوز من ذلك.

والثاني: معرفة ما يحجر عليه فيه من ماله ويتحاص فيه الغرماء مما يترك له ولا يتحاص فيه الغرماء.

والثالث: معرفة حكم ضمان ما يحجر عليه فيه من المال.

والرابع: معرفة وجه الحكم في المحاصة.

والخامس: معرفة ما يتحاص به من الديون مما لا يتحاص به منها.

والسادس: معرفة ما يكون الغريم أحق به في التفليس من الغرماء مما يحاصهم[٢٤] فيه ولا يكون أحق به منهم[٢٥].

فأما الفصل[٢٦] الأول وهو ما يجوز من أفعاله وإقراره قبل التفليس وبعده مما لا يجوز؛ فأما قبل التفليس فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله بغير عوض فيما لا

---

(٢٢) ولا بعيد: ح ٢ هـ، ولا لبعيد: ت.

(٢٣) يجوز من إقرار المفلس: هـ، يجوز للمفلس: ت، يجوز من المفلس: ح ٢.

(٢٤) يحاصهم: ح ٢، تحاصهم: ت، غفل في هـ.

(٢٥) به منهم: ح ٢ هـ، منهم به: ت.

(٢٦) الفصل الأول: ح ٢ هـ، الوجه الأول: ت.

يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة أو صدقة أو عتق أو ما أشبه ذلك، وإنما قلنا فيما لا يلزمه تحرزاً من نفقته على آبائه وأبنائه في الحد الذي يلزمه ذلك لهم، لأنه إتلاف مال بغير عوض - وهو يجوز له لأنه يلزمه؛ فقد دخل معه الغرماء على ذلك؛ وتحرزاً أيضاً من نفقته على نفسه، لأن الإنفاق على نفسه بالقصد والسداد واجب عليه لإبقاء رمقه، ولا يجوز له في شيء من ذلك السرف، لأنه إتلاف مال على غير عوض فيما لا يلزمه ولا يجب عليه.

فصـــل[27]

وإنما قلنا مما لم تجر العادة بفعله، لأن إتلافه المال فيما جرت العادة بفعله جائز له كالكسوة يعطيها السائل والتضحية والنفقة في العيد من غير سرف وما أشبه ذلك.

فصـــل

وكذلك إنفاقه في المال على عوض يجوز فيما جرت العادة بفعله كالتزوج[28] والنفقة على الزوجة، وما أشبه ذلك؛ ولا يجوز فيما لم تجر العادة بفعله من الكراء في الحج التطوع، وما أشبه ذلك؛ وانظر هل له أن يحج حجة الفريضة من أموال غرمائه أم لا - وإن كان يأتي ذلك على الاختلاف في الحج هل هو على الفور؟ أو على التراخي؟ وهل له أن يتزوج أربع زوجات؟ وتدبر ذلك. ويجوز بيعه وابتياعه ما لم تكن فيه محاباة؛ وإقراره بالدين لمن لا يتهم عليه من صديق ملاطف أو قريب باتفاق. ولمن يتهم عليه على اختلاف؛ واختلف قول مالك في قضائه بعض غرمائه دون بعض ورهنه: فقال مرة ذاك جائز له، وقال مرة لا يجوز ويدخل عليه في ذلك جميع الغرماء؛ وقد قيل إنه يجوز قضاؤه ولا يجوز رهنه - وهو قائم من المدونة بدليل؛ وهذا[29] إذا قضى أو رهن من لا يتهم عليه،

---

(27) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(28) التزوج: ح ٢ هـ، التزويج: ت.

(29) وهذا: ح ٢، وهو: ت هـ.

وأما إذا قضى أو رهن من يتهم عليه فلا يجوز، وذلك ما لم يتشاور الغرماء في تفليسه على مذهب ابن القاسم؛ وقال أصبغ قضاؤه ورهنه جائز للأجنبيين ـ وإن كانوا قد تشاوروا في تفليسه ما لم يفلسوه، وسواء في إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه وبيعه وابتياعه ـ كان صحيحاً أو مريضاً ـ في مذهب مالك وابن القاسم، بخلاف رهنه وقضائه بعض غرمائه دون بعض، وإقراره لمن[30] يتهم عليه، فإن ذلك لا يجوز على[31] مذهب ابن القاسم في المرض ـ إذا كان مرضاً مخوفاً يمنع فيه القضاء في ماله؛ وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم ـ وهو مفسر لقوله في المدونة: وقال غيره إن قضاءه جائز، لأن بيعه وشراءَه جائز؛ وهو قول غير ابن القاسم في المدونة. وأما إقرار المريض بالدين إذا لم يكن عليه دين، فيجوز إذا لم يتهم، مثل أن يقر لأجنبي وله ولد؛ ولا يجوز إذا اتهم، مثل أن يقر لصديق ملاطف ـ وورثته كلالة؛ وفي إقرار الزوج لزوجته بدين في المرض تفصيل، والذي يتحصل عندي فيه على منهاج قول مالك وأصحابه: إن أمره لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم منه ميل إليها وصبابة بها.

والثاني: أن يعلم منه الشنآن لها والبغض فيها.

والثالث: أن يجهل مذهبه فيها وحاله معها.

فأما إذا علم منه ميل إليها وصبابة بها، فلا يجوز إقراره لها إلا أن يجيز ذلك الورثة؛ وأما إذا علم منه البغض فيها والشنآن لها، فإقراره جائز لها على الورثة؛ وأما إذا جهل حاله معها في الميل إليها والبغض لها فلا يخلو أمره من وجهين:

أحدهما: أن يورث بكلالة.

والثاني: أن يورث بولد.

فأما إذا ورث بكلالة، فلا يجوز إقراره لها؛ وأما إذا ورث بولد، فإن الولد لا يخلون من أن يكونوا إناثاً أو ذكوراً صغاراً أو كباراً، واحداً أو عدداً، منها أو من

---

(٣٠) لمن يتهم: ح ٢، لمن لا يتهم: هـ، وهي ساقطة في ت.

(٣١) على: هـ، في: ح ٢، ساقطة في ت.

غيرها؛ فأما إن كان الولد إناثاً يرثنه مع العصبة، فسواء كن واحدة أو عدداً، صغاراً[٣٢] أو كباراً منها، يتخرج ذلك عندي على قولين:

أحدهما: أن إقراره جائز.

والثاني: أنه لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنة وعصبة، فإن كن صغاراً منها لم يجز إقراره لها قولاً واحداً. وأما إن كان الولد ذكراً ـ وكان واحداً فإقراره لها جائز صغيراً كان الولد أو كبيراً منها أو من غيرها؛ وأما إن كان الولد ذكوراً عدداً، فإقراره لها جائز إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضهم كبيراً ـ من غيرها فلا يجوز إقراره لها، فإن كان الولد الكبير في الموضع الذي يرفع التهمة عن الأب في إقراره لزوجه عاقاً له، لم ترفع عنه التهمة وبطل الإقرار على ما في سماع أصبغ من العتبية وإحدى الروايتين في المدونة؛ وإن كان بعضهم عاقاً له وبعضهم براً به يُخرج على ما ذكرته من الاختلاف في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنة[٣٣] وعصبة؛ وكذلك الحكم سواء في إقرار الزوجة لزوجها، ولا فرق أيضاً بين أن يقر أحدهما لصاحبه بدين، أو يقر أنه قبض منه ما له عليه من دين، وبالله التوفيق.

فصـــل

وأما بعد التفليس، فلا يجوز له في ماله بيع ولا شراء ولا أخذ ولا إعطاء؛ ولا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد؛ واختلف في إقراره بمال معين مثل أن يقول هذا المال بيدي لفلان وديعة أو قراض، وما أشبه ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن إقراره بذلك جائز وهو قول مالك في سماع عيسى من كتاب المديان.

والثاني: أن إقراره بذلك لا يجوز ـ وهو قول ابن القاسم في كتاب الوصايا الثاني من المدونة وقول مالك في سماع ابن القاسم، وفي سماع أشهب عنه من

(٣٢) عبارة (فأما إن كان الولد. . . أو عدداً صغاراً) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ.

(٣٣) ابنة: ح ٢ هـ، ابنا له: ت.

الكتاب المذكور، وقال يقال له أفسدت أمانتك ولعلك أن تخص هذا أو تدانيه ليرد عليك.

والثالث: أنه إن كان على أصل القراض والوديعة بينـة صدق ـ أن هذا هو ذلك المال، وإن لم يكن على أصل ذلك المال بينة لم يصدق وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم في الكتاب المذكور.

فصـــل

وحد التفليس الذي يمنع قبول إقراره، هو أن يقوم عليه غرماؤه فيسجنوه، أو يقوموا عليه فيستتر عنهم فلا يجدوه؛ قال محمد ويحولوا بينه وبين التصرف في ماله بالبيع والشراء، والأخذ والإعطاء إلا أن لا[٣٤] يكون لواحد منهم بينة، فإقراره جائز لمن أقر له إذا كان ذلك في مجلس واحد أو قريب[٣٥] بعضه من بعض؛ قال ابن حبيب وإن كان المقر لهم ممن يتهم عليه[٣٦] أو يكون[٣٧] من[٣٨] له بينة لا يستغرق ماله، أو يكون إقراره عند القيام عليه قبل أن يستسلم ويسكت فيجـوز إذ لا يقدر على أكثر من هذا؛ وقد روي عن مالك أن إقرار المفلس يجوز لمن يعلم منه إليه تقاض ومداينة وخلطة مع يمينه، ويحاص من له بينة ولذلك وجه.

فصـــل

وأما الفصل الثاني وهو معرفة ما يحجر عليه فيه ويتحاص فيه الغرماء مما يترك له، فقال في المدونة يترك له ما يعيش به هو وأهله الأيام، قال في الواضحة المشهور نحوه، قال في العتبية هو وولده الصغير[٣٩] ويتـرك له كسوته إلا أن يكون

---

(٣٤) أن لا يكون: ت هـ، أن يكون: ح ٢.

(٣٥) أو قريب: ح ٢، وقريب: هـ، قريب: ت.

(٣٦) كلمة (عليه) ساقطة في ح ٢.

(٣٧) أو يكون: ح ٢ هـ، أو أن يكون: ت ـ وعبارة المؤلف في البيان والتحصيل: (أو إلا أن يكون من له بينة لا يستغرق ماله، أو إلا أن يكون إقراره..)، وهو مضطرب ولا يتفق مع ما هنا..

(٣٨) من: ح ٢، ممن: ت هـ.

(٣٩) الصغير: ح ٢ هـ، الصغار: ت.

فيها فضل عن كسوة مثله؛ وشك مالك في كسوة زوجته، هل تترك لها لأنها لا تجب إلا بمعاوضة وبطول الانتفاع بها، فيكون ذلك كالنفقة لها بعد المدة المؤقتة؛ وقال سحنون لا تترك له كسوة امرأته ويباع ما سوى ذلك من ثيابه وعروضه، ويباع خاتمه وسلاحه وثوبا جمعته، إلا أن لا يكون لهما تلك القيمة وقد روى ابن نافع عن مالك أنه لا يترك له إلا ثوب يواريه، وهو قول ابن كنانة: إنه لا يترك له شيء؛ واختلف في كتب العلم هل تباع عليه في الدين أم لا على قولين، قال مالك في كتاب ابن المواز لا تباع عليه كتب العلم، وهو الذي يأتي على مذهبه في المدونة، لأنه كره بيع كتب الفقه، وفي سماع ابن القاسم من كتاب الرهون إجازة رهنها، فكذلك بيعها يجوز على هذه الرواية وهو قول أكثر أصحاب مالك أن بيعها جائز في الدين وغيره، إذ لا فرق بين بيعها في الدين وغيره؛ وهذه[40] المسألة مبنية على اختلافهم في جواز بيعها وكراهيته، وقد قال محمد بن عبد الحكم بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار وأصحابه متوافرون، فما أنكروا ذلك؛ وأما المصحف فإنه يباع في الدين لم يختلف في جواز بيعه في المذهب؛ ولا تؤاجر أم الولد في الدين، وتؤاجر المدبرة[41]. وتباع كتابة المكاتب في دين سيده، ولا يجبر المفلس على اعتصار ما وهب لولده، ولا على الأخذ بشفعة له فيها فضل ولا على انتزاع مال أم ولده ومدبره؛ هذا قول مالك في كتاب المأذون له في التجارة؛ وفي سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ما يعارض ذلك ـ وهي مسألة من حبس حبساً وشرط في حبسه إن شاء المحبس عليه أن يبيع باع، ولا على قبول ما وهب له أو تصدق به عليه أو أوصي له به أو أسلف إياه، أو أعير له؛ وإن وهب له أبوه من يعتق عليه عتق عليه، ولم يبع في الدين لأن الذي وهبه له إنما وهبه ليعتق لا ليأخذه أهل الدين هذه علته في الرواية، فانظر على ذلك: لو وهبه إياه وهو لا يعلم أنه ممن يعتق عليه؛ وأما إذا ورثه فاختلف في ذلك: روى[42] أبو زيد عن ابن القاسم أنه يباع في الدين ولا يعتق عليه، وقال أشهب يعتق عليه.

(٤٠) وهذه: ح ٢، لأن هذه: ت هـ.

(٤١) جملة (وتؤاجر المدبرة) ساقطة في ح ٢.

(٤٢) روي: ح ٢ هـ، فروي: ت.

فصــل[٤٣]

فإن كان المفلس امرأة فليس للغرماء أن يأخذوا معجل مهرها قبل الدخول ولا بعده بأيام يسيرة، ولا يجوز لها[٤٤] أن تقضي منه في دينها[٤٥] إلا الشيء اليسير؛ قال في المدونة الدينار ونحوه في كتاب الديات، وقال مالك في كتاب ابن المواز الدينار والدينارين والثلاثة؛ وأما ما تداينت به بعد الدخـول، فإن مهرها يؤخذ فيه؛ هذا نص رواية يحيـى عن ابن القاسم وفيها نظر، ولم يعط جواباً بيناً في كالئها هل للغرماء أن يتبعوه[٤٦] في دينهم أم لا[٤٧]، والأظهر أن ذلك لهم، وأنه لا يلزمها أن تتجهز بـه إليه.

فصــل[٤٨]

فإن ادعى في أمة أنها أسقطت منه لم يصدق، إلا أن تقوم بينة بذلك من النساء، أو يكون قد فشـا ذلك قبل ادعائه؛ وإذا كان لها ولد قائم فقوله مقبول أنه منه، لأن الولد يرفع التهمة في ذلك، هذا قوله في كتاب أمهات الأولاد ولا اختلاف في ذلك.

فصــل

وأما الفصل الثـالث وهو معرفة حكم ضمان المال المحجر عليه فيه، فقال أشهب مصيبته من الغريم المفـلس عيناً كان أو عرضاً حتى يقضي إياه الغرماء ورواه عن مالك؛ وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء إذا احتجبه السلطان عيناً كان أو عرضاً، ورواه عن مالك وقال ابن القاسم ـ ورواه عن مالك إن كان عيناً فمصيبته من الغرماء معناه إن كانت ديونهم عيناً، وإن كانت عروضاً فمصيبته في الغريم المفلس،

(٤٣) كلمة (فصل) ساقطة في ت.
(٤٤) لها: ت ح ٢، له: هـ.
(٤٥) في دينها: ت، دينا: ح ٢ هـ.
(٤٦) يتبعوه: ح ٢ هـ، يبيعوه: ت.
(٤٧) أم لا: ح ٢ هـ، أو لا: ت.
(٤٨) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

ـ معناه إذا كانت ديونهم عيناً[49] أو عرضاً[50] مخالفة لها، وأما إن كانت ديونهم عروضاً مماثلة لها فمصيبتها منهم، لأنهم يتحاصون فيها ولا يحتاجون[51] إلى بيعها، فتحصيل مذهبه إن ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم، لأنه إنما يباع على ملكه وما لا يحتاج إلى بيعه، فضمانه من الغرماء، وقال أصبغ المصيبة في الموت من الغرماء وفي التفليس من الغريم المفلس.

فصــل

وأما الفصل الرابع ـ وهو معرفة وجه التحاص، فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء دنانير إن كانت ديونهم دنانيراً أو دراهم إن كانت ديونهم دراهم، أو طعاماً إن كانت ديونهم طعاماً ـ على صفة واحدة؛ أو عروضاً إن كانت ديونهم عروضاً على صفة واحدة؛ فإن كانت ديونهم مختلفة دنانير ودراهم، أو دنانير وعروضاً، أو دراهم وطعاماً، وما أشبه ذلك، صرف مال الغريم عيناً: إما دنانير، وإما دراهم ـ على الاختيار[52] في ذلك إذا كان الصنفان جاريين في البلد، ويباع ماله من الديون إلا أن يتفق الغرماء على تركها حتى تقبض عند حلولها، ثم تحصل جميع ديونهم إن كانت صفة واحدة، أو قيمتها إن كانت مختلفة حلت أو لم تحل، لأن التفليس معنى يفسد الذمة، فاقتضاء حلول الدين كالموت، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ هذا مذهب ابن القاسم، وقال[53] سحنون إن العرض المؤجل يقوم يوم التفليس على أن يقبض إلى أجله ـ وهو بعيد، لأن المال لو كان فيه وفاء لعجل[54] له حقه أجمع؛ وإذا قاله في

---

(٤٩) عبارة (وإن كانت عروضاً. . ديونهم عيناً)، انفردت بها نسخة هـ ـ والمعنى يقتضيها، ولذا أثبتها في الصلب.

(٥٠) عرضاً: ت ح ٢، عروضاً: هـ.

(٥١) يحتاجون: ت، يحتاج: ح ٢ هـ.

(٥٢) على الاختيار: ح ٢، على الاجتهاد: ت هـ.

(٥٣) وقال: ح ٢، قال: ت، والعبارة ـ برمتها ـ ساقطة في هـ.

(٥٤) لعجل: ت هـ، يجعل: ح ٢.

العرض، فيلزمه مثله في العين المؤجل ـ وهذا[٥٥] ما لم يقله هو ولا غيره، وينظر ما يقع من ذلك جميع مال المفلس: فإن كان النصف كان لكل واحد منهم نصف دينه وأتبع الغريم بالنصف الباقي[٥٦] وإن كان الثلث كان له الثلث وأتبع الغريم بالثلثين، وإن كان الربع كان له الربع وأتبع الغريم بثلاثة أرباع دينه؛ فمن كان دينه منهم من صنف مال الغريم ـ دنانير أو دراهم، دفع إليه ما وجب له منه، ومن لم يكن دينه من صنف مال الغريم، أتبع له ما[٥٧] وجب له نصف عرضه إن كان دينه عرضاً، أو نصف طعامه إن كان دينه طعاماً، ولم تسلم إليه دنانير؛ فإن أراد أن يأخذها ولا يشترى له بها[٥٨] شيء لم يجز ذلك إن كان الذي له طعام من سلم، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى إن كان الذي صار له في المحاصة أقل مما ينوب ذلك الجزء من الطعام أو أكثر؛ وإن كان مثله سواء، دخله البيع والسلف؛ وإن كان الذي له طعام من قرض، فذلك جائز بكل حال لا يدخله شيء؛ وإن كان الذي له عرض من سلم لم يجز، وقد قيل إنه جائز، لأن الحكم بالتفليس يرفع التهمة ـ وذلك يأتي على الاختلاف في مسألة سماع أشهب من كتاب السلم والآجال.

فصل[٥٩]

ولو أراد أن يأخذ الذي صار له في المحاصة بجميع حقه ولا يتبع الغريم بشيء، جاز إن كان الذي صار له في المحاصة بجميع حقه، ولا يتبع الغريم بشيء جاز ـ إن كان الذي صار في المحاصة، مثل رأس ماله أو أقل، إلا أن يكون الدين طعاماً من سلم فلا يجوز إلا أن يكون الذي صار له في المحاصة مثل رأس ماله سواء ـ لا زيادة فيه ولا نقصان؛ ولو كان الدين طعاماً من قرض، لجاز ذلك كان الذي صار له في المحاصة مثل رأس ماله أو أقل أو أكثر.

---

(٥٥) وهذا: ح ٢ هـ، وهو: ت.
(٥٦) الباقي: ح ٢ هـ، الثاني: ت.
(٥٧) ما وجب: ح ٢ هـ، بما وجب: ت.
(٥٨) بها: ت، به: ح ٢، وهي ساقطة في هـ.
(٥٩) كلمة فصل ساقطة في ت في الموضعين.

فصـــل[٥٩م]

فإذا[٦٠] قلنا إن ما صار له في المحاصة بالعروض يشترى له به مثل الذي له، فإن غلا السعر أو رخص فاشتري له بذلك أقل مما صار له في المحاصة لغلاء السعر، أو أكثر لرخص السعر؛ فلا تراجع في ذلك بينه وبين الغرماء، إلا أن يكون فيما صار له أكثر من جميع حقه، فيبرأ بالفضل إلى الغرماء، وإنما التحاسب في زيادة ذلك ونقصانه بينه وبين الغريم فيتبعه بما بقي من حقه قل لرخص السعر أو كثر لغلائه.

فصـــل

وأما[٦١] الفصل الخامس وهو معرفة ما يتحاص به من الديون مما لا يتحاص به منها، فإن المحاص لا تجب إلا بما تقرر من الديون في الذمة، لا بالسلع المعينات؛ لأنه اشترى سلعة بعينها ففلس البائع، فالمبتاع أحق بها من الغرماء بإجماع العلماء.

فصـــل[٦٢]

والديون الثابتة المتقررة في الذمة تنقسم على قسمين:

أحدهما: أن تكون واجبة عن عوض.

والثاني: أن تكون واجبة على غير عوض.

فأما ما وجب منها عن عوض ـ يتمول أو لا يتمول، فلا يخلو من[٦٣] أن يكون العوض مقبوضاً أو لا يكون مقبوضاً؛ فأما إذا كان مقبوضاً كأثمان السلع المقبوضة وأروش الجنايات، ونفقة الزوجات لما سلف من المدة، ومهور الزوجات

(٥٩ م) كلمة فصل ساقطة في ت في الموضعين.

(٦٠) فإذا: ت ح ٢، وإذا: هـ.

(٦١) وأما: ت، فأما: ح ٢ هـ.

(٦٢) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٦٣) يخلو من أن: ت، يخلو أن: هـ، والعبارة ساقطة في ح ٢.

المدخول بهن، وما حق[٦٤] لهن عليه من شيء غير موصوف في الذمة، فإن المحاصة بذلك واجبة؛ وأما ما كان منها غير مقبوض، فإن ذلك ينقسم على خمسة أقسام:

أحدها: ألا يمكنه دفع العوض بحال.
والثاني: ألا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى فيه.
والثالث: أن يمكنه دفع العوض ويلزمه.
والرابع: أن يمكنه دفع العوض ولا يلزمه.
والخامس: ألا يكون إليه تعجيل دفع العوض.

فأما ما لا يمكنه دفع العوض كنفقة[٦٥] الزوجات لما يأتي من المدة، فلا محاصة في ذلك بوجه؛ وأما ما لا يمكنه دفع العوض فيه ويمكنه دفع ما يستوفى فيه مثل أن يكتري الرجل داراً بالنقد أو يكون العرف فيه النقد، فيفلس المكتري قبل أن يقبض الدار، أو بعد أن قبض وسكن بعض السكنى، فأوجب ابن القاسم في المدونة للمكري المحاصة بكراء ما بقي من السكنى إذا شاء أن يسلمه، وله مثل ذلك في العتبية؛ وعلى قياس هذا إن فلس قبل أن يقبض الدار، فللمكري أن يسلمها ويحاص بجميع كرائه؛ وهذا إنما يصح عل قياس قول أشهب الذي يرى أن قبض أوائل الكراء قبض لجميع الكراء؛ فيجيز أخذ الدار للكراء من الدين، وأما ابن القاسم فالقياس على أصله أن يحاص الغرماء بكراء ما مضى ويأخذ داره ولا يكون له أن يسلمها ويحاص الغرماء بجميع الكراء؛ ولو لم يشترط في الكراء النقد، ولا كان للعرف فيها النقد، لوجب على المذهب المتقدم - إذا حاص - أن يوقف ما وجب له في المحاصة؛ فكلما سكن شيئاً أخذ بقدره من ذلك؛ وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه كرأس مال السلم إذا فلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال، ففي كتاب ابن المواز يلزمه أن يدفعه ويحاص به الغرماء ولا يكون أحق به، إذ ليس برهن، وهذا على قول أشهب في المدونة: إنه لا سبيل له على العيش،

---

(٦٤) وما خولهن: ت هـ، وما لهن: ح ٢، ولعل الأنسب ما أثبته.
(٦٥) نفقة: ح ٢، نفقات: ت، ممحوة في هـ.

وهو فيه أسوة الغرماء وفي قوله إذ ليس برهن نظر، لأن بالتفليس يحل ما على المفلس، فإذا حل بالتفليس كان للمسلم أن يمسك رأس المال ـ إن كان لم يدفعه على ما قالوا في الكالىء إذا حل قبل البناء: إن للزوجة أن تمنعه من الدخول حتى تقبضه، وفي ذلك اختلاف؛ وأما على قول ابن القاسم الذي يرى أنه أحق بالعين في التفليس، فيكون له أن يمسكه ولا يلزمه أن يدفعه ويحاص الغرماء؛ ولو كان رأس مال السلم عرضاً، لكان له أن يمسكه على قوليهما جميعاً.

فصل[٦٦]

وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه ـ كالسلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها إليه البائع، فهو بالخيار بين أن يمسك سلعته أو يسلمها ويحاص الغرماء بثمنها، ولا خلاف في هذا الوجه.

فصل

وأما الوجه الخامس[٦٧] وهو ألا يكون إليه تعجيل دفع العوض فذلك مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دنانير في عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل[٦٨] المسلم، فإن رضي المسلم إليه أن يعجل العروض ويحاص الغرماء برأس مال المسلم، فذلك جائز إن رضي بذلك الغرماء؛ وإن[٦٩] أبى ذلك أحدهم حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد الغريم من مال، وفي العروض التي عليه إذا حلت؛ وإن شاؤوا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها الآن، كان ذلك لهم؛ وأما إن فلس المسلم بعد حلول السلم على المسلم إليه، فهو برأس المال أسوة الغرماء فيما حل عليه من السلم، وله أن يمسكه ويكون أحق به على مذهب ابن القاسم ـ وإن لم يكن بيده رهناً ويكون ذلك على مذهب أشهب الذي جعله كالرهن ـ وإن كان لم يرتهنه منه. وأما إن فلس بعد دفع السلم

---

(٦٦) كلمة (فصل) ساقطة في ت ح ٢، ثابتة في هـ.

(٦٧) الخامس: ت، الرابع: ح ٢ هـ.

(٦٨) كلمة (أجل) ساقطة في هـ.

(٦٩) وإن: ح ٢ هـ، وأما إن: ت.

ـ وهو قائم ـ فيجري ذلك أيضاً على اختلاف قول ابن القاسم وأشهب في العين: هل يكون أحق به من الغرماء أم لا.

فصل

ولا يخرج على[70] هذا التقسيم الذي قسمناه إلا الحكم في مهور الزوجات، فإن المحاصة بها واجبة وإن لم يقتض العوض ـ أعني[71] إذا فلس الزوج قبل الدخول، ولا خيار للمرأة في نفسها كما يخير بائع السلعة في سلعته إذا فلس المبتاع قبل أن يدفعها ـ لوجهين:

أحدهما: أن النكاح قد انعقد ولا خيار للمرأة في حله، إذ ليس بيدها طلاق.

والثاني: أن الصداق ليس بعوض للبضع على الحقيقة، وإنما هو نحلة من الله تعالى للزوجات، أوجبه لهن على أزواجهن بالعقد؛ هذا الصحيح من الأقاويل، بدليل وجوب[72] جميعه بالموت قبل الدخول، وقد كان يجب ألا تحاص إلا بالنصف على قياس قول من يقول إنه لا يجب للمرأة بالعقد إلا نصف الصداق، لكنه قول ضعيف لا يعضده نظر، والصحيح أن الصداق يجب جميعه بالعقد، إلا أنه يجب وجوباً غير مستقر، ولا يستقر جميعه[73] إلا بالموت أو الدخول.

فصل[74]

فإن حاصت المرأة زوجها بجميع الصداق قبل الدخول ثم طلقها الزوج، فقيل إنها ترد ما زاد على النصف ـ إن صار لها في المحاصة ـ، أكثر من

---

(٧٠) على: ت ح ٢، عن: هـ.
(٧١) أعني: ح ٢ هـ، يعني: ت.
(٧٢) وجوب: ح ٢ هـ، وجوبه: ت.
(٧٣) كلمة (جميعه) ساقطة في ح ٢.
(٧٤) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

النصف[٧٥]، وقيل إنها تحاص الآن بالنصف، فيكون لها نصف ما صار لها بالمحاصة وترد نصفه وهو قول ابن القاسم، والأول قول[٧٦] ابن دينار.

فصل

وأما إن طلقها قبل التفليس ـ ولم تقبض من صداقها شيئاً، فإنما تحاص ـ بالنصف الواجب لها، فإن كانت قد قبضت جميعه، كان لها منه النصف وردت الباقي، وكان للزوج محاصة الغرماء به إن كان عليها دين، وإن كانت قد قبضت النصف ثم فلس زوجها فطلقها بعد التفليس: فقيل إنها لا ترد منه شيئاً، وهو قول ابن كنانة، وابن الماجشون وأصبغ، وقيل إنما يكون لها منه[٧٧] النصف، وترد[٧٨] النصف وتحاص به الغرماء وهو مذهب ابن القاسم، قال ابن المواز: وأما إن طلقها قبل التفليس ـ وهو قائم الوجه ثم فلس فلا ترد شيئاً، لأنه قد وجب لها ما أخذت واستحقته قبل فلسه، وهذا الذي قاله ابن المواز صحيح، إلا أن يكون النصف الذي دفع معجلاً والنصف الباقي مؤجلاً، فيجب[٧٩] عليها أن ترد نصف ما قبضت، وإن طلقها قبل التفليس وهو قائم الوجه ما لم يتناجزا في ذلك ويرضى الزوج بترك الرجوع عليها، لأن من حقه أن يرجع عليها بنصف المعجل الذي دفع إليها ويبقى عليه نصف المؤجل إلى أجله.

فصل[٨٠]

وأما إن دفع إليها نصف الصداق بعد الطلاق فلا ترد منه شيئاً، لأنه لم يدفعه إليها إلا على أنه الواجب عليه.

---

(٧٥) عبارة (ثم طلقها الزوج.. أكثر من النصف) ساقطة في ح ٢.
(٧٦) قول ابن دينار: ح ٢ هـ، قول عيسى بن دينار: ت.
(٧٧) منه: ح ٢ هـ، معه: ت.
(٧٨) عبارة (منه شيئاً.. النصف وترد) ساقطة في هـ.
(٧٩) فيجب: ح ٢ هـ، فوجب: ت.
(٨٠) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

فصــل

وأما ما كان من الحقوق الواجبة في الذمة على غير عوض فإنها تنقسم على قسمين:

أحدهما: أن تكون واجبة بالشرع من غير أن تلتزم(٨١).

والثاني: ألا تجب بالشرع إلا أن تلتزم(٨١).

فأما ما كان منها غير واجبة بالشرع إلا أن تلتزم(٨١) كالهبات والصدقات والنحل التي لم تنعقد عليها الأنكحة، فلا اختلاف أن المحاصة لا تجب بها، لأن الفلس يبطلها كما يبطلها الموت.

فصــل(٨٢)

وأما النحل التي تنعقد عليها الأنكحة وحمل أثمان السلع في عقود البيع، وحمل الصدقات في عقود الأنكحة والحمالات بالأثمان في عقود البيع، فالمحاصة بها واجبة، لأنها لزمت على عوض وفي النحَل التي تنعقد عليها الأنكحة اختلاف، وكذلك اختلف أيضاً في حمل الثمن بعد العقد وفي حمل الصداق بعد العقد: فقيل إن المحاصة بها واجبة، لأن المحمول له تركِ اتباع ذمة غريمه من أجل ذلك فأشبه العوض، وقيل إن المحاصة بها غير واجبة، لأنها خرجت على غير عوض وهذا الاختلاف يجب أن يدخل في الحمالة بعد عقد البيع وإن كان الموجود لهم لزوم ذلك في الحياة وبعد الممات، ووجوب المحاصة به.

فصــل(٨٢)

وأما ما كان منها واجباً بالشرع دون أن يلتزم كنفقة الآباء والأبناء وما تحمله العاقلة من الدية، فاختلف فيه على قولين:

(٨١ ـ ٨١ ـ ٨١) تلتزم: ح ٢، يلتزم: ت، غفل في هـ.

(٨٢ ـ ٨٢) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

أحدهما: أن المحاصة لا تجب بها[٨٣]، والثاني أن المحاصة تجب بها ـ إذا ألزمت[٨٤] بحكم من السلطان وهو قول أشهب، والأول قول ابن القاسم.

فصـــل

وأمّا الفصل السادس وهو معرفة ما يكون الغريم أحق به من الغرماء في الموت والفلس، أو في الفلس دون الموت ـ مما لا يكون أحق به في شيء من ذلك ويحاص الغرماء؛ فتحصيله أن الأشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس على ثلاثة أقسام: عرض يتعين، وعين اختلف هل يتعين أو لا يتعين، وعمل لا يتعين، فأما العرض فإن كان في يد بائعه لم يسلمه حتى فلس المشتري، فهو أحق به في الموت ـ والفلس جميعاً؛ لأنه كالرهن بيده، وهذا ما لا خلاف فيه؛ وإن كان قد دفعه إلى المشتري ثم فلس وهو قائم بيده، فهو أحق به من الغرماء في الفلس دون الموت ـ عند مالك ـ رحمه الله ـ وجميع أصحابه ـ على ما وردت به السنة الثابتة عن النبي ﷺ من قوله: «**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ الذِي ابْتَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً، فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وإِنْ مَاتَ الذِي ابْتَاعَهُ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ**»[٨٥] خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه أسوة الغرماء في الموت والفلس جميعاً، وخلافاً للشافعي في قوله إنه أحق بسلعته في الفلس والموت جميعاً؛ وله عند مالك رحمه الله أن يترك سلعته ويحاص الغرماء؛ وإن أراد أخذ سلعته، فللغرماء أن يفتكوها منه بالثمن؛ قال ابن الماجشون: من مال الغريم أو من أموالهم، وقال ابن كنانة ليس لهم أن يدفعوا إليه الثمن من أموالهم، وإنما لهم أن يبدوه به من مال الغريم المفلس وقال أشهب ليس لهم أن يأخذوها إلا أن يزيدوا على الثمن زيادة يحطونها عن المفلس من دينهم، خلافاً للشافعي في قوله إنه لا خيار للغرماء في شيء من ذلك.

---

(٨٣) تجب بها: ح ٢ هـ، تجب إلا بها: ت.

(٨٤) ألزمت: ح ٢ هـ، لزمت: ت.

(٨٥) رواه مالك وأبو داود، انظر الفتح الكبير ٤٩٦/١.

فصـــل

فإن كان قد قبض بعض الثمن ووجد سلعته قائمة، فهو بالخيار بين أن يرد ما قبض ويأخذ سلعته، أو يتركها ويحاص الغرماء بما بقي له من حقه، خلافاً للشافعي في قوله إنه ليس له أن يرد إنما يكون له من السلع بقدر ما بقي له من ثمنها ـ إن أراد أن يأخذها، وخلافاً[86] لأهل الظاهر في قولهم: إنه إذا قبض شيئاً من الثمن فهو أسوة الغرماء تعلقاً، بدليل قول النبي عليه السلام في الحديث: «**ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فهو أحق به**» قالوا ففي هذا دليل أنه إذا قبض من الثمن شيئاً فلا حق له فيها، وهو أسوة الغرماء، وليس كما قالوا[87] لاحتمال[88] الكلام من الدليل غير ما قالوا[89].

فصـــل

وكذلك ما أشبه البيع من جميع وجوه المعاوضات كالهبة للثواب، أو الرد بالعيب على مذهب من يرى أنه ابتداء بيع ـ أعني إذا رد السلعة بعيب ففلس البائع قبل أن يرد إليه الثمن فوجد المبتاع السلعة قائمة بيد البائع المفلس؛ فإنه يكون أحق بها من الغرماء إن شاء على القول بأن الرد بالعيب ابتداءً ببيع، وأما على القول بأنه نقض بيع، فلا يكون له إليها سبيل، وإنما يكون أحق بالثمن الذي دفع إن وجده بعينه في الموت والفلس جميعاً، لانتقاض البيع ووجوب رد عين ماله؛ وأما إن لم يجده بعينه، فهو به أسوة الغرماء على القولين جميعاً؛ وقد اختلف على القول بأن الرد بالعيب نقض بيع؛ هل يكون المبتاع أحق بالسلعة حتى يستوفي الثمن إذا فلس البائع قبل أن يردها عليه على قولين؛ وأما على القول بأنه ابتداء بيع، فيكون أحق به قولاً واحداً؛ وكذلك اختلف أيضاً فيمن اشترى سلعة بيعاً فاسداً ففلس البائع قبل أن يردها عليه المبتاع: هل يكون أحق بها حتى يستوفي

---

(٨٦) وخلافاً: ح ٢ هـ، خلافاً: ت.

(٨٧) وليس كما قالوا: ح ٢ هـ، وليس كذلك: ت.

(٨٨) لاحتمال: ت هـ، لإجمال: ح ٢.

(٨٩) قالوا: ت هـ، قالوه: ح ٢.

ثمنها[٩٠] أم لا على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يكون أحق بها وهو قول سحنون.

والثاني أنه لا يكون أحق بها وهو قول ابن المواز.

والثالث: أنه إن كان ابتاعها بنقد[٩١]، فهو أحق بها؛ وإن كان ابتاعها بدين فلا يكون أحق بها ـ وهو أسوة الغرماء، وهو[٩٢] قول ابن الماجشون ولا اختلاف بينهم أنه إن وجد الثمن الذي دفعه بعينه أنه أحق به في الموت والفلس جميعاً وكذلك من اشترى سلعة بسلعة فاستحقت السلعة التي قبض كان أحق بالسلعة التي دفع ـ إن وجدها بعينها في الموت والفلس جميعاً ـ قولاً واحداً؛ وكذلك من تزوج امرأة بسلعة بعينها فدفعها إليها ففلست ثم طلقها قبل الدخول أو[٩٣] ألفي النكاح مفسوخاً، فهو أحق بجميع السلعة ـ إن وجد النكاح مفسوخاً، أو[٩٣] بنصفها إن كان طلقها وأدركها قائمة بعينها في الموت والفلس جميعاً ـ قولاً واحداً.

فصــل

وإن كان دفعه إلى المشتري ثم فلس بعد أن فات بيده أو لم يعرف بعينه فهو أسوة الغرماء، والقول بما يفوت به مما لا يفوت مسطور في كتاب العلماء منهم ابن حبيب وغيره ـ وهو يتعين بأحد وجهين: إما ببينة تقوم عليه، وإما بإقرار المفلس به قبل التفليس؛ واختلف إذا لم يقر به إلا بعد التفليس على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن قوله مقبول قيل مع يمين صاحب السلعة، وقيل دون يمين، وقيل إن قوله غير مقبول ويحلف الغرماء أنهم لا يعلمون أنها سلعته، وقيل إن كانت[٩٤]

---

(٩٠) ثمنها: ح ٢ هـ، الثمن: ت.

(٩١) إن كان ابتاعها بنقد: ح ٢ هـ، إن ابتاعها نقداً: ت.

(٩٢) وهو: ح ٢ هـ، وهذا: ت.

(٩٣ ـ ٩٣) ألفي: ح ٢ هـ، وألفى: ت. أو بنصفها: ح ٢ هـ.، وبنصفها: ت.

(٩٤) كانت: ت هـ، كان: ح ٢.

على الأصل بينة قبل قوله ـ في تعيينها، وإلا لم يقبل؛ وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم. وأما العين فهو أحق به أيضاً في الموت والفلس ما كان بيده. واختلف إذا دفعه إلى من بايعه فيه ففلس أو مات ـ وهو قائم بيده يعرف بعينه: فقيل إنه أحق به كالعرض في الفلس دون الموت ـ وهو قول ابن القاسم[95] وقيل إنه لا سبيل له عليه وهو أسوة الغرماء ـ وهو قول أشهب، والقولان جاريان على الاختلاف في تعين العين؛ وأما إن لم يعرف بعينه، فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس[96] جميعاً.

فصل[97]

وأما العمل الذي لا يتعين، فإن أفلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الأجير، كان الأجير أحق بما عليه من العمل في الموت والفلس جميعاً وانتقضت الإجارة كالسلعة إذا كانت بيد البائع؛ وإن كان فلسه بعد أن استوفى عمل الأجير، فالأجير أسوة الغرماء بأجرته التي شارطه عليها في الموت والفلس جميعاً، إلا أن لا تكون بيده السلعة التي استؤجر على عملها كالصانع يستأجر على خياطة الثوب أو صياغة الحلي فيفلس صاحب الثوب بعد أن عمل الصانع العمل والثوب والحلي بيده لم يسلمه بعد، فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعاً؛ لأنه كالرهن بيده، فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعلمه؛ إلا أن يكون له فيها شيء أخرجه، فهو[98] أحق به[99] في الفلس دون الموت ـ على ما ثبت في الأمهات من وجه العمل في ذلك، وكذلك المكتري يفلس وقد حمل المكري ما استحمل إياه من المتاع على إبله ودوابه، فهو أحق بالمتاع حتى يستوفي كراءه في الموت والفلس جميعاً. لكنه

---

(٩٥) ابن القاسم: ح ٢ هـ، ابن الماجشون: ت.

(٩٦) في الموت والفلس: ح ٢ هـ، في الفلس والموت: ت.

(٩٧) من قوله: (فصل وأما العمل. . والفلس جميعاً) وهو نحو سطرين ساقط في ت، ثابت في ح ٢ هـ.

(٩٨) فهو: ح ٢ هـ، فيكون: ت.

(٩٩) كلمة (به) ساقطة في ح ٢.

قابض للمتاع[١٠٠]، لكونه على ظهور دوابه؛ وإن لم يكن معها وكان قد أسلمها إلى المكتري فهو كالرهن بيده ما لم يقبض الكراء فيحوز رب المتاع متاعه ويقبض هو دوابه، وكذلك السفينة وهذا بين في العتبية أنه إنما يكون أحق بالمتاع ما كان في سفينته، أو على ظهور دوابه؛ وقد تأول أحمد بن خالد رحمه الله على ما في المدونة أنه أحق بالمتاع أبداً، وإن قبضه ربه وفارق ظهور الدواب لتعليله فيها من أجل أنه إنما بلغ الموضع على دوابه وهو بعيد في المعنى غير جار على قياس.

فصــل

فلا خلاف في مذهبنا أن البائع أحق بها كان بيده في الموت والفلس جميعاً، وأنه أحق بما أسلمه فألفاه قائماً في الفلس دون الموت، وأنه أسوة الغرماء في الموت والفلس فيما لم يكن بيده، ولا ألفاه عند المبتاع قائماً يعرف بعينه؛ وما يوجد[١٠١] من الخلاف في بعض المسائل، فليس بخلاف لما[١٠٢] قسمناه وأحكمناه، وإنما وقع الخلاف بينهم فيها، لاختلافهم من أي قسم هو منها، فمن تأول أن ذلك بيده، رآه أحق به في الموت والفلس ومن تأول أن ذلك قد خرج من يده ـ وهو قائم ـ رآه أحق به في الفلس دون الموت[١٠٣]، ومن تأول أن ذلك قد خرج من يده وليس بقائم عند المبتاع، رآه أسوة الغرماء في الموت والفلس جميعاً، وذلك كمسألة من استؤجر على سقي حائط، فسقاه حتى أثمر ثم فلس؛ قال في المدونة: إنه أحق بالثمرة في الفلس دون الموت؛ وروى أصبغ أنه أحق في الموت والفلس؛ والأظهر أنه أسوة الغرماء في الموت والفلس! وكذلك اختلف أيضاً فيمن اكترى أرضاً فزرعها ثم فلس، ولتوجيه كل قول منها وتخريجه على المعنى الذي ذكرته، مكان غير هذا والله التوفيق.

---

(١٠٠) جملة (لأنه قابض للمتاع) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ.

(١٠١) يوجد: ح ٢ هـ، وجد: ت.

(١٠٢) لما: ح ٢ هـ، فيما: ت.

(١٠٣) عبارة (ومن تأول.. في الفلس دون الموت) ساقطة في ت، ثابتة في ح ٢ هـ.

كتاب المأذون له في التجارة

قال الله عزّ وجلّ: ﴿ ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَمَن رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقاً حَسَناً فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرّاً وَجَهْراً هَلْ يَسْتَوُونَ، الْحَمْدُ لله، بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴾[1] ـ فوصف الله تعالى العبد بالعجز وعدم القدرة، وجعله بخلاف الحر في بسط يده بالإنفاق فيما رزق من المال؛ فدل ذلك على أن أمر العبيد في الأموال مخالف لأمر الأحرار، وإن ملكهم لأموالهم ناقص عن ملك الأحرار[2]، وأن لساداتهم التحجير عليهم في أموالهم بحق ملك رقابهم، فلا يجوز للعبد في ماله صنع[3] إلا بأمر سيده، وهو له ملك حتى ينتزعه منه؛ قال رسول الله ﷺ: «مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ»[4]. فأضاف المال إلى العبد إضافة الملك بقوله، وله من مال، لأن هذه اللام لام الملك؛ فإذا أضيف بها المال إلى من يصح منه الملك، دل ذلك على وجوب الملك له، ولم يصح أن يحمل على المجاز؛ لأن الكلام لا يخرج على الحقيقة إلى المجاز إلا بدليل؛ ومن الدليل على أن العبد يملك، قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ، إنّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾ ومحال أن يصف الله بالفقر والغنى من لا يملك ـ وهذا بين.

---

(١) الآية: ٧٥ ـ سورة النحل.

(٢) عبارة (وأن ملكهم ناقص عن ملك الأحرار) ساقطة في ح ٢.

(٣) صنع: ت هـ، صنيع: ح ٢.

(٤) حديث متفق عليه.

فصـــل

فالعبد يملك على مذهب مالك ما ملكه سيده أو ملكه غيره، ما لم ينتزعه منه سيده، فملكه لماله ليس كملك الحر الذي لا يحل لأحد أن يأخذ شيئاً من ماله إلا عن طيب نفسه؛ إلا أنه مال له على مذهبه يجوز له أن يتسرى فيه إذا أذن له سيده، ويطأ بملك يمينه ـ ولو لم يكن عنده ماله لم يجز له أن يطأ بملك يمينه؛ لأن الله سبحانه وتعالى لم يبح الفرج إلا بالنكاح، أو ملك اليمين، فقال تعالى: ﴿ **وَالذِين هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُم غَيْرُ مَلُومِين، فَمنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ، فَأُلَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ** ﴾[٥] وعلى هذا أسقط الزكاة عن السيد في مال عبده وقال: إنه إذا حلف بعتق عبيده[٦] فحنث لا يعتق عليه عبيد عبيده؛ فهذا أصل مذهبه؛ وأما قوله إن العبد إذا ملك من يعتق على سيده يعتق عليه. وقوله إن الرجل إذا حلف ألّا يركب دابة رجل فركب دابة عبده أنه حانث؛ فقد حمل بعض الناس ذلك على أنه اضطراب من قوله في أن العبد يملك، وجريان منه على غير أصله في ذلك، وليس ذلك بصحيح؛ لأنه إنما حنثه في ركوب دابة عبده، من أجل أنه لا يجوز له ركوبها ـ وإن أذن له العبد إلا بإذن سيده؛ والحنث يقع[٧] بأقل الوجوه؛ وإنما قال إنه يعتق عليه من ملك العبد ممن يعتق عليه من أجل أنه يملك انتزاعهم منه، فلما كان يملك انتزاعهم عتقوا عليه، إذ لو انتزعهم لعتقوا عليه بإجماع؛ فيجري ذلك على الاختلاف في الرجل يشتري من يعتق عليه على أنه فيه بالخيار ولا يدخل الاختلاف على هذا في الزكاة في مال العبد، ولا في عتق عبـيد عبيده بالحنث؛ لأن الحنث والزكاة قد وجبا قبل الانتزاع، فلا يلزم بالانتزاع شيء وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما إلى أن العبد لا يملك شيئاً بحال من الأحوال، فكل[٨] ما بيده من مال على مذهبهم، فإنما هو للسيد فلم يجيزوا له

(٥) الآية: ٧ ـ سورة المؤمنون.
(٦) عبيده: هـ، عبده: ت ح ٢.
(٧) يقع: ت، يدخل: ح ٢ ـ والعبارة ـ برمتها ـ ساقطة في هـ.
(٨) فكل: ح ٢ هـ، وكل: ت.

التسري بوجه من الوجوه[٩] ولا يحل له عندهم وطء فرج إلا بنكاح يأذن له سيده فيه[١٠]، واستدلوا على ذلك بالإجماع على أن لسيده أن ينتزع منه كل ما له من المال من كسبه وغير[١١] كسبه، وبالإجماع على أنه لا يرث قرابته، قالوا فلما أجمعوا أن للسيد أن ينتزع مال عبده، دل ذلك على أنه كان لا يملكه، إذ لو كان يملكه لما صح له انتزاعه منه كما لا ينتزع الرجل مال مكاتبه؛ قالوا أيضاً ولما أجمعوا أن العبد لا يرث، دل على أن ما يحصل بيده من مال، إنما هو لسيده، وأنه لا يملكه؛ وحملوا إضافة رسول الله ﷺ المال إلى العبد في قـوله: «**مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ**» ـ على المجاز، كما يقال غنم الراعي، وسرج الدابة، وباب الدار، وهذا كله لا يصح؛ فأما احتجاجهم بالإجماع على أن للسيد أن ينتزع مال عبده، فلا حجة لهم فيه؛ لأن الإجماع لا يتناول موضع الخلاف، إذ الخلاف بيننا وبينهم إنما هو قبل الانتزاع، وكذلك احتجاجهم بالإجماع على أن العبد لا يرث لا حجة لهم فيه[١٢]؛ إذ لا يسلم لهم أن العلة في منع ميـراث العبد أنه لا يملك، فلا يصح لهم ما استدلوا به إلا بعد إقامة الدليل على صحة العلة[١٣]، ولا دليل لهم على صحتها إلا غالب ظنهم، إذ ليس في الكتاب ولا في السنة نص ولا تنبيه على أنها هي العلة، ولا أجمعت الأمة على ذلك، فليسوا بأسعد ممن يقول إن العلة في ذلك عدم استقرار ملك العبيد على أموالهم.

فصـــل

فالعبد محجور عليه في ماله لا يجوز له فيه فعل بغير إذن سيده، ولا يجوز له أن يتجر إلا أن يأذن له سيده في التجارة؛ فإن أذن له فيها جاز له أن يتجر بالدين

---

(٩) بوجه من الوجوه: ح ٢، بحال من الأحوال: ت.

(١٠) سيده فيه: ح ٢، فيه سيده: ت هـ.

(١١) وغير كسبه: ح ٢ هـ، ومن غير كسبه ـ بزيادة (ومن): ت.

(١٢) فيه إذ: ح ٢ هـ، فيه أيضاً إذ ـ بزيادة (أيضاً): ت.

(١٣) على صحة العلة: ت هـ، على أنها هي الصلة: ح ٢.

والنقد ـ وإن لم يأذن له في التجارة بالدين ولزمه ما داين به في جميع أنواع التجارات؛ وإن لم يأذن له إلا في نوع واحد منها على مذهب ابن القاسم في المدونة، إذ لا فرق بين أن يحجر عليه في التجارة بالدين، أو يحجر عليه في التجارة في نوع من الأنواع؛ وهو قول أصبغ في التحجير في الدين؛ وذهب سحنون إلى أنه ليس له أن يتجر بالدين إذا حجر عليه في التجارة به، وكذلك يلزم على قوله إذا حجر عليه في التجارة في نوع من الأنواع، إلا أن يشهر ذلك ويعلنه في الوجهين جميعاً، فلا يلزمه قاله بعض شيوخ صقلية، وهو صحيح في المعنى، قائم من المدونة والعتبية بدليل؛ ولا يجوز له في ماله معروف إلا ما جر إلى التجارة؛ فأما هبته وصدقته وعتقه، فموقوف على إجازة السيد، أو رده، فإن لم يعلم بذلك حتى يعتق مضى ولزم ذلك العبد ولم يكن للسيد أن يرده.

فصل

ومما يشبه هذا عتق المرأة ذات الزوج وهبتها وصدقتها فيما زاد على الثلث بغير إذن زوجها، وعتق المديان بغير إذن غرمائه، وعتق السفيه بغير إذن وليه أو بإذنه؛ فأما الغريم فينفذ عليه العتق والصدقة إن بقي ذلك بيده إلى أن ارتفعت علة المنع بزوال الدين، وإن كان قد أخرج ذلك من يده قبل زوال الدين ببيع أو ما أشبه ذلك، نفذ ولم يلزمه شيء، وسواء في هذا ـ كان السلطان قد رد العتق أو لم يرده، لأن رد السلطان ليس برد للعتق وإنما هو توقيف إلى أن يكشف حال الغريم؛ وأما الزوجة فالمعلوم من قول مالك وأصحابه أنه إذا لم يعلم الزوج أو علم ولم يقض برد ولا إجازة حتى مات عنها أو طلقها، أن ذلك لازم لها، وانظر وإن كانت قد فوتت ذلك من يدها قبل زوال العصمة ببيع أو هبة، هل ينقض البيع والهبة وينفذ عليها العتق والصدقة أم لا؟ ففي كتاب الاعتكاف من المدونة أن الأمة لا تلزمها الصدقة بعد العتق إلا أن يكون المال بيدها، وقد يمكن أن يفرق بين المسألتين فيقال إن العتق والصدقة يلزمها كان المال بيدها أو لم يكن ـ إذا لم يرد الزوج حتى زالت العصمة؛ لأن تحجير السيد على عبده، أقوى من تحجير الزوج على امرأته؛ ومسألة كتاب الاعتكاف ليس فيها بيان أن ذلك كان قبل الرد ـ وهذا هو المعنى

فيها؛ ومن تأول أن معنى ذلك بعد الرد فلا يصح؛ لأن المعلوم من قولهم في الزوجة أن الصدقة والهبة لا تلزمها بعد زوال العصمة ـ وإن بقي المال بيدها، إذا كان الزوج قد رده وإنما اختلفوا في العتق على ما سنذكره، وهذا أحرى أن لا يختلف فيه، لقوة تحجير السيد على عبده، وقد كان يجب في الزوجة ألا يلزمها العتق والصدقة على مذهب من يرى أفعالها فيما زاد على الثلث على الرد ـ حتى يجيزه الزوج، وإن بقي المال بيدها لم تفوته حتى مات عنها أو طلقها قبل أن يعلم بذلك، أو قبل أن يرده إن كان قد علم ـ وقد رأيت ذلك لبعض أصحاب مالك؛ فإن رد الزوج ذلك، وبقي المال بيدها لم تفوته ـ إلى أن زالت العصمة، لم يلزمها شيء في الهبة والصدقة؛ وأما العتق، فاختلف فيه على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه لا يلزمها إنفاذه بفتيا ولا قضاء ـ وهو قول أشهب. والثاني: أنه يلزمها ذلك بالقضاء ـ وهو قول ابن الماجشون ومطرف. والثالث: أنها تؤمر بذلك ـ ولا يقضى عليها به وهو مذهب[١٤] ابن القاسم. واختلف إذا لم يعلم الزوج حتى ماتت هل له أن يرد ذلك بعد الموت أم لا على قولين منصوص عليهما في المذهب جاريين على الاختلاف في فعلها هل هو على الجواز ـ حتى يرد؟ أو على الرد حتى يجاز؟ وأما العبد فيما وهب أو أعتق، فإذا لم يعلم السيد بذلك[١٥]، أو علم فلم يقض فيه برد ولا إجازة حتى عتق العبد ـ والمال بيده، فإن ذلك لازم له، ولا أعلم في هذا[١٦] نص خلاف، وهو دليل على أن فعله على الإجازة ـ حتى يرد وهو القياس على ما أوضحناه من صحة ملكه على مذهب مالك، إلا أن الاختلاف الذي حكيناه[١٧] عن بعض أصحاب مالك في الزوجة على ضعفه ـ داخل في العبد بالمعنى.

فصـــل

فإن فوت العبد المال في يده قبل أن يعتق ببيع أو هبة، بطلت الصدقة والعتق ـ قاله في الصدقة في كتاب الاعتكاف؛ والعتق مقيس عليه إلا أن يفرق بينهما

(١٤) مذهب: ت هـ، قول: ح ٢.
(١٥) بذلك: ت هـ، ذلك: ح ٢.
(١٦) هذا: ح ٢ هـ، ذلك: ت.
(١٧) حكيناه: ت ح ٢، حكيته: هـ.

مفرق، بحرمة العتق ـ وهو بعيد، فإن رد السيد ذلك وبقي المال بيده لم يفوته إلى إن أعتق، لم يلزمه شيء قاله في المدونة في الهبة والصدقة، والعتق مقيس على ذلك لا يدخل فيه من الاختلاف ما يدخل في الزوجة ـ والله أعلم؛ وأما السفيه فلا يلزمه بعد أن ولي نفسه إنفاذ ذلك كان الولي قد رده أو لم يرده، واختلف إن كان ذلك بيمين فحنث[18] فيها بعد ولاية نفسه، واختلف أيضاً إن لم يعلم بذلك حتى مات هل للورثة رد ذلك على قولين ـ حكاهما ابن حبيب في الواضحة.

فصـــل

فلا يصح للإنسان التصرف في ماله إلا بأربعة أوصاف، وهي: البلوغ، والحرية، وكمال العقل، وبلوغ الرشد؛ فأما اشتراط الحرية في ذلك، فإن العبد لا يملك ماله ملكاً مستقراً، إذ لسيده انتزاعه[19] منه، فهو محجور عليه فيه بحق الملك ـ وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى. وأما الرشد فلأن[20] الله تبارك وتعالى جعل الأموال قوام العيش وسبباً للحياة وصلاحاً للدين والدنيا، ونهى عن إضاعتها وتبذيرها في غير وجوهها، نظراً منه لعباده ورأفة بهم، فقال: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيراً، إنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إخْوَانَ الشَّيَاطِينِ﴾[21]. ﴿وقال: والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً﴾[22]،وأمرنا ألا نكمن منها السفهاء حراسة لها من أن تبذر وتنفق في غير وجوهها ـ فقال تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ التِي جَعَلَ الله لَكُمْ قِيَماً، وَارْزُقُوهمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ، وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفاً ﴾[23]، وقال: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ، فإن آنَسْتُمْ منهُم رُشْداً فَادْفَعُوا إلَيْهِمُ أَمْوَالَهُمْ ﴾[24]. وأما اشتراط البلوغ وكمال العقل في ذلك،

---

(١٨) فحنث: ح ٢ هـ، يحنث: ت.

(١٩) انتزاعه منه: ح ٢ هـ، انتزاع ماله: ح ت.

(٢٠) فلأن: ت هـ، فإن: ح ٢.

(٢١) الآية: ٢٧ سورة الإسراء.

(٢٢) الآية: ٦٧ ـ سورة الفرقان.

(٢٣) الآية: ٥ ـ سورة النساء.

(٢٤) الآية: ٦ من نفس السورة.

فلأنهما جميعاً مشترطان في صحة الرشد وكماله؛ إذ لا يصح رشد من صبي لضعف ميزه بوجوه منافعه، ولا من مجنون لسقوط ميزه وذهاب رأيه؛ فوجب الاحتياط للأموال وقطع مادة الضرر عنها بأن يمنع من التصرف فيها من ليس بأهل التصرف فيها، ويحجر عليه فيها ويحال بينه وبينها ـ خشية الإضاعة لها امتثالاً لأمر الله فيها.

فصــل

فأما[٢٥] البلوغ فحده الاحتلام في الرجل، والحيض[٢٦] في النساء أو أن يبلغ أحدهما من السن أقصى سن من لا يحتلم، واختلف فيه من خمسة عشر عاماً إلى ثمانية عشر عاماً، واختلف قول مالك فيمن وجب عليه حد وقد أنبت ولم يبلغ أقصى سن من لا يحتلم، فادعى أنه لم يحتلم؛ هل يصدق فيما ادعاه أو يقام[٢٧] عليه الحد بما ظهر من إنباته على قولين، الأصح منهما تصديقه وألا يقام عليه الحد بشك في احتلامه؛ ولا اختلاف ـ عندي أنه لا يعتبر بالإنبات فيما بينه وبين الله تعالى من الأحكام؛ وأما العقل، فمحله القلب، وحده: علوم يتميز من وصف بها من البهيمة والمجنون، وهي كالعلم بأن الاثنين أكثر من الواحد، وأن الضدين لا يجتمعان، وأن الجزءين لا بد أن يكونا مجتمعين أو مفترقين، وأن السماء فوقنا والأرض تحتنا، وما أشبه ذلك.

فصــل[٢٨]

فحد البلوغ وكمال العقل بينان[٢٩] تدرك معرفتهما بأدنى حظ من النظر والاستدلال، وأما الرشد فحده حسن النظر في المال ووضع الأمور في مواضعها، واختلف هل من شرط كماله الصلاح في الدين أم لا ـ على قولين، وهو مما يخفى ولا يُدرك معرفته إلا بطول الاختبار في المال والتجربة له فيه، ولهذا المعنى وقع

---

(٢٥) فأما: ح ٢ هـ، وأما: ت.
(٢٦) الحيض: ت هـ، المحيض: ح ٢.
(٢٧) يقام: ح ٢ هـ، يقوم: ت.
(٢٨) كلمة (فصل) ساقطة في ت.
(٢٩) بينان: ح ٢، شيئان: هـ، سبيان: ت.

الاختلاف بين أهل العلم في الحد الذي يحكم للإنسان فيه بحكم الرشد ويدفع إليه ماله ويمكن من التصرف فيه.

فصل

والاختلاف في هذا إنما هو على حسب[٣٠] الأحوال وهي تنقسم على أربعة أقسام، حال الأغلب من صاحبها السفه، فيحكم له فيها بحكمه وإن ظهر رشده. وحال الأغلب من صاحبها الرشد، فيحكم له فيها بحكمه ـ وإن علم سفهه. وحال محتملة للرشد والسفه، والأظهر فيها السفه؛ فيحكم له بحكم ما لم يظهر رشده؛ وحال محتملة أيضاً للرشد والسفه، والأظهر من صاحبها الرشد فيحكم له فيها بحكمه ما لم يظهر سفهه على اختلاف كثير بين أصحابنا في بعض هذه الأقسام.

فصل

فأما الحال التي يحكم له فيها بحكم السفه ـ وإن ظهر رشده ـ فمنها حال الصغر، لا اختلاف بين مالك وأصحابه أن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال والمحيض من النساء، لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ـ وإن أذن له في ذلك الأب أو الوصي ـ إن كان ذا أب أو وصي، وإن باع أو اشترى أو فعل ما يشبه البيع والشراء مما يخرج على عوض ولا يقصد فيه إلى فعل معروف، كان موقوفاً على نظر وليه ـ إن كان له ولي، فإن رآه سداداً وغبطة أجازه وأنفذه، وإن رآه بخلاف ذلك رده وأبطله، وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر له في ذلك بوجه النظر والاجتهاد، وإن غفل عن ذلك حتى يلي أمره كان النظر إليه في إجازة إنفاذ ذلك أو رده، واختلف إذا كان فعله سداداً ونظراً مما كان يلزم الولي أن يفعله: هل له أن يرده وينقضه إن آل الأمر إلى خلاف ذلك بحوالة الأسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه، أو ما[٣١] يشبه ذلك، فالمشهور المعلوم في المذهب أن ذلك له، وقيل إن ذلك ليس له وهو الذي يأتي على ما وقع لأصبغ في

(٣٠) على حساب: ح ٢ هـ، بحسب: ت.
(٣١) أو ما يشبه: ح ٢، أو ما أشبه: هـ، أو فيما أشبه: ت.

الخمسة، وعلى رواية يحيى في كتاب التخيير والتمليك ـ خلاف ما يقوم مما وقع لأصبغ في نوازله من كتاب المديان والتفليس، ويلزمه ما أفسد وكسر في ماله مما لم يؤتمن عليه؛ واختلف فيما أفسد وكسر مما آؤتمن عليه، ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته وحنث به في حال صغره، واختلف فيما حلف به في حال صغره، وحنث به في حال رشده؛ فالمشهور أنه لا يلزمه؛ وقال ابن كنانة ذاك يلزمه ولا يلزمه يمين فيما ادعي عليه فيه[٣٢] واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف مع شاهده أم لا؟ فالمشهور أنه لا يحلف ويحلف المدعى عليه، فإن نكل غرم ـ ولم يكن على[٣٣] الصغير يمين ـ إذا بلغ، وإن حلف برىء ـ إلى بلوغ الصغير؛ فإذا بلغ[٣٤] حلف وأخذ حقه؛ وإن نكل لم يكن له شيء؛ ولا يحلف المدعى عليه ثانية؛ وقد روي عن مالك والليث أنه يحلف مع شاهده ولا شيء عليه فيما بينه وبين الله من الحقوق والأحكام، لقول النبي ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ»[٣٥] ـ فَذَكَر فِيهِم الصَّبِيَّ حَتَّى يَحْتَلِمَ.

فصل

ومنها حال البكر ذات الأب والوصي ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها، وقد اختلف في حده على ما سنذكره بعد ـ إن شاء الله ـ أو ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها ـ على مذهب من لا يعتبر تعنيسها؛ ومنها حال من تثبت عليه ولاية من قبل الأب أو من قبل السلطان حتى تطلق منها على قول مالك وكبراء أصحابه ـ خلافاً لابن القاسم.

فصل

وأما الحال التي يحكم له فيها بحكم السفه ـ ما لم يظهر[٣٦] رشده، فمنها. .

---

(٣٢) عليه فيه: هـ، عليه به: ح ٢، به عليه: ت.
(٣٣) يكن على: ت هـ، يكن له على: ح ٢.
(٣٤) كلمة (بلغ) ساقطة في ح ٢.
(٣٥) أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم من حديث علي وعمر.
انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٣٦/٤.
(٣٦) يظهر: ت هـ، يتبين: ح ٢.

حال الابن بعد بلوغه في حياة الأب[٣٧] على المذهب. وحال البكر ذات الأب أو اليتيمة التي لا وصي لها ـ إذا تزوجت ودخل بها زوجها من غير حد، ولا تفرقة بين ذات الأب واليتيمة على روايـة ابن القاسم عن مالك، خلافاً لمن حد في ذلك حداً، أو فرق بين ذات الأب واليتيمة ـ على ما سنذكره ـ إن شاء الله.

فصـــل

وأما الحال التي يحكم له فيها بحكم الرشد ما لم يظهر سَفهه، فمنها حال البكر المعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها، واختلف في حدّه أو التي دخل بها زوجها ومضى لدخوله بها العام أو العامان أو السبعة الأعوام على الاختلاف في الحد المؤقت في ذلك بين من وقته، أو حال الابن ذي الأب بعد بلوغه، والابنة ذات الأب بعد بلوغها على رواية زياد عن مالك.

فصـــل

ولا يخرج عن هذا التفصيل الذي فصلناه[٣٨] وقسمنـاه إلى أربعة أقسام ـ شيء من الاختلاف الحاصل ببين أصحابنا في هذا الباب، وأنا أذكر من ذلك ما حضر لي حفظه بالاختصار ـ ما أقدر عليه ـ إن شاء الله تعالى؛ وأما الابن فهو في ولاية أبيه ما دام صغيراً لا يجوز له فعل إلا بإذنه، ولا هبة ولا صدقة؛ وإن كان ذلك بإذنه، فإذا بلغ فلا يخلو أمره من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون معلوم الرشد.

والثاني: أن يكون معلوم السفه.

والثالث: أن يكون مجهول الحال لا يعلم رشده من سفهه.

فأما إذا كان معلوماً بالرشد فأفعاله جائزة ليس للأب أن يرد شيئاً منها وإن لم يشهد على إطلاقه من الولاية فقد خرج منها ببلوغه مع ما ظهر من رشده؛ وأما إن

(٣٧) جملة (في حياة الأب) ساقطة في ح ٢.

(٣٨) ثبت في نسخة ت (متى يحصل الرشد التي دخل بها زوجها، والخلاف الحاصل في المسألة غير ذات الأب) ـ وهي زيادة لا معنى لها، ولذا لم أثبتها في الصلب.

كان معلوماً بالسفه، فلا يخرجه الاحتلام من ولاية أبيه ـ وأفعاله كلها مردودة غير جائزة؛ وأما إن كان مجهول الحال لا يعلم رشده من سفهه، فاختلف فيه على قولين:

أحدهما: أنه محمول على السفه حتى يثبت رشده ـ وهو نص رواية يحيى عن ابن القاسم في كتاب الصدقات والهبات، قال فيها ليس الاحتلام بالذي يخرجه من ولاية أبيه حتى تعرف حاله ويشهد العدول على صلاح أمره ـ وهو ظاهر سائر الروايات عنه، وعن مالك رحمه الله في المدونة وغيرها من ذلك ما وقع في المدونة في الكتاب الأول من النكاح، وفي كتاب الهبة والصدقة، وفي كتاب الجعَل والإجارة.

والثاني: أنه محمول على الرشد حتى يثبت سفهه ويخرج بالاحتلام من ولاية أبيه إذا لم يعرف سفهه ـ وإن لم يعرف رشده، روى ذلك زياد عن مالك وهو ظاهر ما وقع في أول كتاب النكاح مِن المدونة: قوله إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، إلا أن يتأول إن أراد بنفسه لا بماله ـ كما تأول ابن أبي زيد رحمه الله؛ واستحسن بعض الشيوخ ألا يخرج من ولاية أبيه حتى يمر به بعد الاحتلام العام ونحوه، وإلى هذا ذهب ابن العطار في وثائقه، على أنه قد اضطرب في ذلك قوله ـ فذكر أنه لا يجوز للرجل تسفيه ابنه إلا أن يكون معلوماً بالسفه ولم يفرق بين قرب ولا بعد، وحكى غيره من الموثقين أن تسفيهه جائز وإن لم يعلم سفهه إذا كان بحرارة بلوغه قبل انقضاء عامين.

فصـــل

فإن مات الأب ـ وهو صغير وأوصى به إلى أحد، أو قدم عليه السلطان، فلا يخرج من ولاية وصي أبيه أو مقدم السلطان ـ حتى يخرجه منها الوصي أو السلطان، إن كان الوصي مقدماً من قبله، وأفعاله كلها مردودة ـ وإن علم رشده ما لم يطلق من الحجر، إن هذا قول ابن زرب أن الوصي من قبل القاضي لا يطلق من الولاية إلا بإذن القاضي، وقد قيل إن إطلاقه من إلى[39] نظره بغير إذن القاضي

(٣٩) إلى: ح ٢ هـ، يلي: ت.

جائز وإن لم يعرف رشده إلا بقوله، وقيل لا يجوز إطلاقه إياه بغير إذن القاضي إلا أن يكون معروفاً بالرشد، فإذا عقد له بذلك عقداً ضمنه معرفة شهدائه لرشده؛ وأما وصي الأب فإطلاقه جائز ـ وهو مصدق فيما يذكر من حاله وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله؛ وقيل إن إطلاقهُ لا يجوز إلا أن يتبين حاله ويعلم رشده، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في كتاب الوصايا من العتبية.

فصل

وقولنا إن أفعاله كلها مردودة ـ وإن علم رشده ما لم يطلق من ثقاف الحجر أن الذي لزمه[40] هو المشهور في المذهب المعمول به، وقد قيل إن حاله مع الوصي كحاله مع الأب، وأنه يخرج من ولايته إذا علم رشده أو جهل حاله على الاختلاف المتقدم، وهو ظاهر ما وقع في كتاب الهبة والصدقة من المدونة؛ قوله فقد منعهم الله من أموالهم مع الأوصياء بعد البلوغ إلا بالرشد، فكيف مع الآباء الذين هم أملك بهم من الأوصياء، وإنما الأوصياء بسبب الآباء؛ ونحوه لابن الماجشون في الواضحة قال إن البكر إذا عنست أو نكحت[41] جازت أفعالها ـ كانت ذات أب أو وصي؛ وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية لا يعتبر ثبوتها إذا علم الرشد، ولا سقوطها إذا علم السفه ـ أعني في اليتيم لا في البكر؛ وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول ابن القاسم، وروى زونان عن ابن القاسم أن من ثبت عليه ولاية، فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها ـ وإن ظهر رشده مثل قول مالك وكبار أصحابه.

فصل

فإن مات الأب ولم يوص به إلى أحد ولا قدم عليه السلطان وصياً ولا ناظراً، ففي ذلك أربعة أقوال:

أحدها: قول مالك وكبراء أصحابه: إن أفعاله كلها بعد البلوغ جائزة نافذة ـ رشيداً كان أو سفيهاً، معلناً بالسفه أو غير معلن به؛ اتصل سفهه من حين بلوغه، أو سفه بعد أن آنس منه الرشد من غير تفصيل في شيء من ذلك.

---

(٤٠) لزمه: ح ٢ هـ، له: ت.

(٤١) عنست أو نكحت: ح ٢ هـ، نكحت أو عنست: ت.

والثاني: قول مطرف وابن الماجشون أنه إن[٤٢] كان متصل السفه من حين بلوغه، فلا يجوز شيء من أفعاله؛ وأما إن سفه بعد أن آنس منه الرشد فأفعاله جائزة عليه ولازمة له ما لم يكن بيعه بيع سفه وخديعة بينة، مثل أن يبيع ثمن ألف دينار بمائة دينار، وما أشبه ذلك؛ فلا يجوز ذلك عليه ولا يتبع بالثمن إن أفسده من غير تفصيل بين أن يكون معلناً بالسفه أو غير معلن به.

والثالث: قول أصبغ إنه إن كان معلناً بالسفه، فأفعاله غير جائزة، وإن لم يكن معلناً به، فأفعاله جائزة من غير تفصيل بين أن يتصل سفـهه أو لا يتصل؛ وذهب ابن القاسم إلى أنه ينظر إلى حاله يوم بيعه وابتيـاعه، فإن كان رشيداً جازت أفعاله، وإن كان سفيهاً، لم يجز منها شيء[٤٣] من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أو لا يتصل؛ واتفق جميعهم أن أفعاله جائزة لا يرد منها شيء إن جهلت حاله ولم يعلم بسفه ولا رشد.

فصـــل

وأما الابنة البكر فلا اختلاف[٤٤] أيضاً[٤٥] بين أصحابنا أن أفعالها مردودة غير جائزة ما لم تبلغ المحيض، فإذا بلغت المحيض لا يخلو أمرها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون ذات أب.
والثاني: أن تكون يتيمة ذات وصي قد أوصى عليها الأب أو السلطان.
والثالث: أن تكون يتيمة لا وصي لها من قبل أبيها ولا مقدماً من قبل السلطان.

فأما ذات الأب فاختلف فيها على ثمانية أقوال:

---

(٤٢) إن: ح ٢ هـ، إذا: ت.
(٤٣) منها شيء: ح ٢ هـ، شيء منها: ت.
(٤٤) اختلاف: ح ٢ هـ، خلاف: ت.
(٤٥) كلمة (أيضاً) ساقطة في ت هـ.

أحدها: رواية زياد عن مالك أنها تخرج بالحيض من ولاية أبيها، ومعنى ذلك ـ عندي ـ إذا[٤٦] علم رشدها أو جهل حالها؛ وأما إن علم سفهها، فهي باقية في ولايته.

والثاني: قول مالك في الموطأ والمدونة، وفي الواضحة من[٤٧] رواية مطرف عنه أنها في ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويعرف من حالها أي يشهد العدول على صلاح أمرها، فهي على قول مالك هذا ما لم تنكح ويدخل بها زوجها في ولايته مردودة أفعالها وإن علم رشدها فإذا دخل بها زوجها حملت على السفه وأقرت في ولايته وردت أفعالها ـ ما لم يظهر رشدها؛ فإن علم رشدها وظهر حسن حالها، جازت أفعالها وخرجت من ولاية أبيها ـ وإن كان ذلك بقرب بناء زوجها عليها إلا أن مالكاً استحب في رواية مطرف عنه أن يؤخر أمرها العام ونحوه استحباباً من غير إيجاب.

والثالث: أنها في ولاية أبيها ما لم تعنس أو يدخل بها زوجها ويعرف من حالها، فهي على هذه الرواية بعد التعنيس محمولة على الرشد مجوزة أفعالها ـ ما لم يعلم سفهها ـ وقبله مردودة أفعالها وإن علم رشدها؛ ولا يخلو إن تزوجت أن يكون دخول زوجها بها قبل حد التعنيس أو بعده، فإن دخل بها قبل حد التعنيس فهي من حين يدخل بها إلى أن تبلغ حد التعنيس محمولة على السفه حتى يتبين رشدها وبعد بلوغها حد التعنيس محمولة على الرشد حتى يتبين سفهها ـ وإن دخل بها بعد التعنيس، فلا يؤثر دخوله بها في حكمها الذي قد ثبت لها بالتعنيس من كونها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهها؛ وقد اختلف في حد تعنيس هذه فقيل أربعون عاماً، وقيل من الخمسين إلى الستين؛ وروي عن مالك أن هباتها وصدقاتها وأعطياتها وعتقها جائزة بعد التعنيس ـ إن أجازها الوالد، معناه إن قال الوالد في المجهولة الحال أنها رشيدة في أحوالها، إذ التي علم سفهها لا يجوز للوالد إجازة أعطياتها، والتي علم رشدها، لا يجوز للوالد رد أعطياتها، فعلى هذه

---

(٤٦) عندي إذ: ح ٢ هـ، أنه إذ: ت.

(٤٧) من رواية: ح ٢ هـ، ومن رواية: ت.

الرواية لم يحمل المعنسة المجهولة الحال على السفه ولا على الرشد، وأعمل قول الوالد في ذلك، فهذا القول الثالث يتفرع إلى ثلاثة أقوال ـ على ما بيناه ـ تتمة خمسة أقوال. والقول السادس أنها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها ـ وهو قول مطرف في الواضحة، وظاهر قول يحيـى بن سعيد في المدونة؛ فعلى هذا القول تكون أفعالها قبل دخول زوجها بها مردودة ـ وإن علم رشدها وبعد دخول زوجها بها ما بينها وبين انقضاء العام ـ مردودة. ما لم يعلم رشدها، وبعد انقضاء العام جائزة ما لم يعلم سفهها، ووافقه ابن الماجشون في تحديد السنة وخالفهُ في تركه الاعتبار بالتعنيس، فرأى أنها إذا عنست وعلم حسن مالها خرجت من ولاية أبيها ووصيها.

والقول السابع: أنها في ولاية أبيها حتى يمر بها عامان ـ وهو قول ابن نافع في كتاب الصدقات والهبات في العتبية. والقول الثامن أنها في ولاية أبيها حتى يمر بها سبعة أعوام، وهذا القول يعزى إلى ابن القاسم، وبه جرى العمل عندنا؛ وقال ابن أبي زمنين إن الذي أدرك عليه الشيوخ أن تجوز أفعالها وتخرج من ولاية أبيها ـ إذا مضى لها في بيت زوجها من الستة الأعوام إلى السبعة ـ ما لم يجدد الأب عليها السفه قبل ذلك؛ وهذا قريب من القول الثامن، فيكون حالها بعد هذا الأمر محمولاً على الرشد حتى يعلم خلافه على ما بيناه؛ وقول ابن أبي زمنين ما لم يجدد الأب عليها السفه قبل ذلك به كان يفتي القاضي ابن زرب ـ رحمه الله، وإليه ذهب ابن العطار في وثائقه وهو أمر مختلف فيه، كان أبو عمر الإشبيلي ـ رحمه الله ـ يذهب إلى أن ذلك لا يجوز عليها ولا يلزمها، إلا أن يكون قد تضمن عقد التجديد للسفه معرفة شهدائه لسفهها، وبه كان يفتي أبو عمر بن القطان ـ رحمه الله؛ وهو القياس على مذهب من حد لجواز أفعالها حداً، لأنه حملها ببلوغها إليه على الرشد؛ وأجاز أفعالها فلا يصدق الأب في إبطال هذا الحكم لها بما يدعيه من سفهها، إلا أن يعلم صحة قوله؛ ويتخرج قول ابن أبي زمنين ومن ذهب مذهبه على الرواية التي رويت عن مالك أن عتقها وهباتها وصدقاتها جائزة بعد التعنيس ـ إن أجازها الوالد وقد تكلمنا على معنى الرواية بما يؤيد تأويلنا هذا فيها.

فصــل

واختلف أيضاً المتأخرون من شيوخنا الذين حكموا بأعمال التسفيه عليها في الأب يولي على ابنته بعد دخول زوجها بها وقبل أن تبلغ الحد الذي وقت لجواز أفعالها، ثم تتراخى مدته إلى أن تبلغ ذلك الحد، ثم تموت بعد ذلك، هل يلزمه حكم تلك الولاية الثابتة أم لا على قولين:

فمنهـم من رأى أن إيصاءه عليها لازم لها، كتجديد السفه عليها الذي لا تنفك ولا[48] تخرج منه إلا بثبات رشدها بالبينة العادلة.

ومنهم من لم يـر ذلك لازماً لها بخلاف تجديد السفه عليها، وقالوا مثل ذلك الأب[49] يولي على ابنته وهي بكر ثم يزوجها فتقيم مع زوجها سبع سنين أو أكثر فيموت، أن الإيصاء ساقط عنها؛ واحتجوا أيضاً برواية أشهب عن مالك الواقعة في كتاب الوصايـا من العتبية، ولم أعلمهم اختلفوا في لزوم الولاية لها إذا أوصى عليها بعد دخول زوجها بها، ثم[50] مات قبل بلوغها الحد الذي وقت لخروجها من ولايته، ولا يبعد دخول الاختلاف في ذلك بالمعنى، وأما من أوصى على ابنته وهي صغيرة أو بكر ثم مات وهي بكـر قبل دخول زوجها بها أو بعد دخول زوجها بها قبل مضي المدة المؤقتة لخروجها من ولايته، فالولاية لها لازمة.

فصــل

وأما إن كانت يتيمة ذات وصي من قبل أبيها أو مقدم من قبل القاضي، فلا تخرج من الولاية ـ وإن عنست أو تزوجت ودخل بها زوجها وطال زمانها وحسنت حالها ـ ما لم تطلق من ثقاف الحجر أن الذي لزمها بما يصح إطلاقها منه به، وقد بينا ذلك قبل هذا، هذا هو المشهور في المذهب المعمول به؛ وقد تقدم من قول ابن الماجشون أن حالها مع الوصي، كحالها مع الأب في خروجها من ولايته بالتعنيس أو النكاح ـ يريد مع طول المدة وتبين الـرشد، وهي روايـة مطرف، وابن عبد الحكم، وعبد الرحيم ـ عن مالك.

---

(٤٨) تنفك ولا: ح ٢ هـ، تنفك عنه ولا ـ بزيادة (عنه): ت.

(٤٩) قالوا مثل ذلك الأب: ح ٢، وقالوا ذلك بمنزلة الأب: ت، وقال: ذلك بمنزلة الأب: هـ.

(٥٠) ثم مات: ح ٢ هـ، حتى مات: ت.

فصـــل[51]

وأما إن كانت يتيمة لم يول عليها بأب ولا وصي، فاختلف فيها[52] على قولين:

أحدهما: أن أفعالها جائزة ـ إذا بلغت المحيض، وهو قول سحنون في العتبية، وقول غير ابن القاسم في المدونة، ورواية زياد عن مالك.

والثاني: أن أفعالها مردودة ما لم تعنس، واختلف في حد تعنيس هذه على خمسة أقوال:

أحدها: ثلاثون سنة ـ وهو قول ابن الماجشون، وقيل أقل من الثلاثين وهو قول ابن نافع.

وقيل أربعون ـ وهي رواية مطرف عن مالك، وأصبغ عن ابن القاسم.

وقيل من الخمسين إلى الستين، وهي رواية سحنون عن ابن القاسم؛ وفي المدونة لمالك من رواية ابن القاسم عنه ـ أن أفعالها لا تجوز حتى تعنس وتقعد عن المحيض، أو ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة يحمل أمرها فيها[53] على الرشد، قيل أقصاها العام. وهو قول ابن الماجشون، وإليه ذهب ابن العطار في وثائقه.

وقيل ثلاثة أعوام ونحوها؛ وقال ابن أبي زمنين إن الذي أدرك الشيوخ عليه ألا تجاز أفعالها حتى يمر بها في بيت زوجها مثل السنتين والثلاث.

فصـــل

قد[54] أتينا بحمد الله على ما شرطنا من بيان الحدود المميزة بين من يجوز

---

(٥١) سقطت كلمة (فصل) في ت.

(٥٢) فيها: ح ٢ هـ، فيه: ت.

(٥٣) أمرها فيها: ح ٢ هـ، فيها أمرها: ت.

(٥٤) قد: ت هـ ، وقد: ح ٢.

فعله ممن لا يجوز في الأبكار وغيرهن، فنرجع الآن إلى[٥٥] ذكر القول في أحكام أفعال من لا تجوز أفعاله[٥٦] من السفهاء البالغين، إذ قد تقدم القول في أحكام أفعال الصبيان؛ فنذكر[٥٧] من ذلك ما أمكن ذكره وحضر حفظه على شرط الإيجاز والاختصار، وترك التطويل والإكثار ـ إن شاء الله، وهو المستعان.

اعلم ـ وفقنا الله وإياك أن السفيه البالغ يلزمه جميع حقوق الله التي أوجبها الله على عباده في بدنه وماله، ويلزمه ما وجب في بدنه من حد أو قصاص؛ ويلزمه الطلاق ـ كان بيمين حنث فيها أو بغير يمين؛ وكذلك الظهار وينظر له وليه فيه بوجه النظر، فإن رأى أن يعتق عنه ويمسك عليه زوجته فعل، وإن رأى ألا يعتق عنه[٥٨] ـ وإن آل ذلك إلى الفراق بينهما، كان ذلك له ولا يجزيه الصيام ولا الإطعام إذا كان له من المال ما يحمل عتق رقبة؛ وقال محمد بن المواز إذا لم ير له وليه أن يكفر عنه بالعتق فله هو أن يكفر بالصيام. ولا يطلق عليه في مذهبه إلا بعد أن يضرب له أجل الإيلاء ـ إذا طلبت امرأته ذلك، لأن له أن يكفر بالصيام[٥٩]؛ وعلى القول الأول تطلق عليه من غير أن يضرب له أجل الإيلاء إذا رفعت المرأة ذلك، وهو قول أصبغ ولا حد في ذلك عند ابن القاسم؛ وقال ابن كنانة لا يعتق عنه وليه إلا في أول مرة، فإن عاد إلى الظهار لم يعتق عنه؛ لأن المرة الواحدة تأتي على الحليم والسفيه؛ وإلى هذا ذهب محمد بن المواز؛ وأما الإيلاء فإن دخل عليه بسبب يمين بالطلاق وهو فيها على حنث، أو بسبب امتناع وليه عن أن يكفر عنه في الظهار لزمه! وأما إن كان حلف على ترك الوطء، فينظر إلى يمينه: فإن كانت بعتق أو صدقة أو ما أشبه ذلك مما لا يجوز له فعله ويحجر عليه في ذلك وليه، لم يلزمه به إيلاء، وإن كانت بالله تعالى، لزمه الإيلاء ـ إن لم يكن له مال، ولم يلزمه إن كان له مال، وإن

---

(٥٥) إلى ذكر: ح ٢ هـ، لذكر: ت.

(٥٦) تجوز أفعاله: ح ٢ هـ، يجوز فعله: ت.

(٥٧) فنذكر من ذلك: ح ٢ هـ، فنذكر الآن من ذلك ـ بزيادة (الآن): ت.

(٥٨) يعتق منه وإن آل: هـ، يعتق عنه وآل: ح ٢، يعتق عنه فعل وإن آل: ت.

(٥٩) عبارة (ولا يطلق عليه.. أن يكفر بالصيام): انفردت بها نسخة ت، وقد اضطربت في ح ٢، وهي ساقطة في هـ.

كانت يمينه بصيام أوجبه على نفسه أو صلاة أو ما أشبه ذلك مما يلزمه، لزمه به الإيلاء؛ وعلى قول محمد بن المواز يلزمه الإيلاء باليمين بالله ـ وإن كان له مال، ولا يلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف في ماله، إلا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها؛ لأنها تشبه الزوجة التي ليس له فيها إلا الاستمتاع بالوطء، واختلف هل يتبعها مالها أم لا على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يتبعها وهو قول مالك في رواية أشهب عنه.

والثانية: أنه لا يتبعها. وهي رواية يحيى عن ابن القاسم.

والثالث: التفرقة بين أن يكون مالها قليلاً أو كثيراً ـ وأراه قول أصبغ، وقال المغيرة وابن نافع لا يلزمه عتقها، ولا يجوز عليه؛ بخلاف الطلاق؛ ولا يجوز إقراره بالدين إلا أن يقر في مرضه فيكون في ثلث ماله ـ قاله ابن كنانة، واستحسن ذلك أصبغ ـ ما لم يكثر. وإن حمله الثلث؛ وأما بيعه وشراؤه ونكاحه وما أشبه ذلك مما يخرج على عوض ولا يقصد به قصد المعروف، فإنه موقوف على نظر وليه ـ إن كان له ولي: إن رأى أن يجيزه أجازه، وإن رأى أن يرده رده بوجه النظر له والاجتهاد؛ وإن لم يكن له ولي، قدم له القاضي ناظراً ينظر له في ذلك نظر الوصي؛ فإن لم يفعل حتى ملك أمره، كان هو مخيراً في رد ذلك أو إجازته؛ فإن رد بيعه وابتياعه وكان قد أتلف الثمن الذي باع به، أو السلعة التي ابتاعها! لم يتبع ماله بشيء[٦٠] من ذلك؛ واختلف إن كانت أمة فأولدها: فقيل إن ذلك فوت ولا ترد، وقيل إن ذلك ليس بفوت كالعتق وترد، ولا يكون عليه من قيمة الولد شيء؛ واختلف إن كان قد أنفق الثمن فيما لا بد له منه مما يلزمه إقامته: هل يتبع ماله بذلك أم لا على قولين، وإن كان الذي اشترى المشتري منه أمة فأولدها أو أعتقها، أو غنما فتناسلت، أو بقعة فبناها، أو شيئاً له غلة فاغتله؛ كان حكمه في جميع ذلك حكم من اشترى من ملك فيما يرى فاستحق من يده ما اشترى بعد أن أحدث فيه ما ذكرت، يرد إلى المولى عليه الأمة التي أعتقت، وينتقض العتق فيها، ويأخذ

---

(٦٠) بشيء: ت هـ، شيء: ح ٢.

الأمة التي ولدت منه وقيمة ولدها على الاختلاف المعلوم في ذلك؛ وإن كان الولد من غيره بتزويج، أخذهم مع الأم، وكذلك يأخذ الغنم ونسلها ـ وكان عليه فيما بناه قيمة بنيانه قائماً، وكانت الغلة التي اغتل له بالضمان؛ هذا كله إن كان لم يعلم بأنه مولى عليه لا يجوز بيعه؛ وأما إن علم أنه مولى عليه متعد[٦١] في البيع بغير إذن وليه لسفه يقصده، فحكمه حكم الغاصب يرد الغلة ويكون له فيما بناه قيمته منقوضاً؛ واختلف فيما فوت السفيه من ماله بالبيع والهبة والصدقة والعتق، وما أشبه ذلك، فلم يعلم به حتى مات؛ هل يرد بعد الموت أم لا على قولين، واختلف إذا تزوج فلم يعلم وليه بنكاحه حتى مات، هل ترثه المرأة ويلزمه الصداق أم لا على ثلاثة:

أحدها: أنه لا ميراث لها ولا صداق، إلا أن يكون[٦٢] قد دخل بها فيكون لها منه قدر ما استحل به.

والثاني: أن لها الميراث وجميع الصداق.

والثالث: أن لها الميراث وينظر الولي في النكاح: فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي في حياته لم يفسخه وأجازه، فلها الصداق مع الميراث ـ دخل بها أو لم يدخل؛ وإن كان نكاحه نكاح فساد وعلى غير وجه غبطة، وجب لها الميراث وردت الصداق ـ دخل بها أو لم يدخل، ويترك لها في الدخول ربع دينار؛ وهذا قول أصبغ في الخمسة، والقولان المتقدمان لابن القاسم ـ وهما جاريان على الاختلاف في فعله: هل هو على الجواز حتى يرد، أو على الرد حتى يجاز؛ واختلف هل يزوجه الولي بغير أمره كالصغير، أم[٦٣] لا يزوجه إلا بأمره على قولين قائمين من المدونة، ومنصوصين في الواضحة؛ وكذلك اختلف أيضاً هل يخالع عنه بغير إذنه أم لا على قولين، فله في المدونة أنه لا يخالع عنه إلا بإذنه؛ وروى عيسى عن ابن القاسم أنه يخالع عنه بغير إذنه كالصبي، ويلزمه في ماله ما أفسد

---

(٦١) متعد: ح ٢ هـ، متعدياً: ت.
(٦٢) أن يكون: ح ٢، إن كان: ت، ساقطة في هـ.
(٦٣) أم لا: ح ٢ هـ، أو لا: ت.

وكسر مما لم يؤتمن عليه باتفاق، ومما اؤتمن عليه باختلاف، ولا يلحقه يمين فيما ادعي عليه به في ماله. وأما ما[٦٤] ما ادعي عليه مما يجوز عليه فيه إقراره، فتلحقه فيه اليمين؛ ويحلف مع شاهده في حق يكون له، فإن حلف، استحق حقه، فإن[٦٥] نكل عن اليمين حلف المدعى عليه وبرىء في مذهب ابن القاسم؛ وقال ابن كنانة إن نكل عن اليمين، حلف المدعى عليه وبرىء إلى أن يحسن حاله فيكون له أن يحلف مع شاهده ويستحق حقه كالصغير - إذا بلغ؛ ويعقل مع العاقلة ما لزم العاقلة من الجرائر؛ ويجوز عفوه عن دمه خطأ كان أو عمداً؛ واختلف في عفوه عما دون النفس مما في بدنه من الجراح أو الشتم، هل يجوز ذلك أم لا على قولين؟

أحدهما: قول مطرف وابن الماجشون: أن عفوهم لا يجوز في شيء من ذلك.

والثاني: قول ابن القاسم: أن عفوهم عن كل ما ليس بمال جائز، واختلف في شهادته إذا كان مثله لو طلب ماله أخذه - وهو عدل، فروى أشهب عن مالك أن شهادته جائزة، وقال أشهب لا تجوز - وهو الذي يأتي على المشهور من مذهب مالك: أن المولى عليه لا تجوز أفعاله - وإن كان رشيداً في أحواله حتى يخرج من الولاية، وبالله التوفيق.

(٦٤) وأما ما: ت هـ، وما: ح ٢.
(٦٥) فإن: ح ٢، وإن: ت هـ.

كتاب الرهون

فصل[1] في جواز الرهن في السفر والحضر

مذهب مالك - رحمه الله وجل أهل العلم - إجازة الرهن في السفر والحضر، لأن[2] الله - تبارك وتعالى - نص على جوازه في السفر لقوله: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَـةٌ ﴾[3]، وأجازته السنة في الحضر على ما ثبت في الآثار الصحاح، من ذلك ما روي عن النبي ﷺ في الصحيح من رواية عائشة وغيرها أن رسول الله ﷺ: **«اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيّ طَعَاماً إِلَى أَجَل وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ»**[4]: وروي أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ يتقاضاه، فأغلظ له في القول؛ فقال له رجل من القوم: ألا أراك تقول لرسول الله - ﷺ - ما تقول؟ فقال: **«دَعْهُ فَإِنَّهُ طَالِبُ حَقٍّ»**، ثم قال للرجل: **«انْطَلِقْ إِلَى فُلَانٍ فَلْيَبِعْنَا طعَاماً إِلَى أَنْ يَأْتِيَنَا شَيْءٌ»**، **فأَبَى الْيَهُوديُّ فَقَالَ لَا أَبِيْعُهُ إلاَّ بالرَّهْن؛ فَقَالَ رَسُول الله** ﷺ: **«إِذْهَبْ إِلَيْه بِدِرْعِي أَمَا وَاللَّه إِنِّي لأَمِينٌ فِي السَّمَاءِ وَأَمِينٌ فِي الأَرْض»**[5]. - وتوفي رسول الله - ﷺ - **وَدِرْعُهُ مَرْهُوْنَةٌ عِنْدَ يَهُودِي**[6]. - وهو حاضر غير مسافر.

---

(١) كلمة (فصل) ساقطة في هـ.

(٢) لأن: ح ٢ هـ، إذ: ت.

(٣) الآية: ٢٨٣ - سورة البقرة.

(٤) أخرجه أحمد ومسلم والنسائي من حديث الأسود.

(٥) أخرجه ابن ماجه من حديث أبي سعيد، انظر السنن ٢/٧٩.

(٦) أخرجه البخاري والترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس.

فصـــل

ولا أعلم أحداً من أهل العلم منع من الرهن في الحضر، وأجازه في السفر بظاهر الآية غير مجاهد، ولا تعلق له بظاهرها، إذ ليس في ذكره تعالى الرهن في السفر دليل على المنع منه في الحضر، وإنما أرشدنا الله تعالى إلى التوثق بالرهن عند عدم التوثق بالكتاب والإشهاد، فذكر تعالى السفر، لأنه الحال الذي يتعذر فيها الكتاب في الأغلب من الأحوال.

فصـــل

روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ**»[7]، وأنه قال: «**الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ بِنفقتِه**»[8]، وأنه قال: «**الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ**»[9]، وأنه قال: «**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»[10]، فدلت هذه الآثار كلها على جواز الرهن، لأن تعلق الأحكام به يفيد جوازه، واقتضت بعمومها السفر والحضر[11] وهذا بين.

فصـــل

فأما قوله: «**لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ**»، فمعناه ما فسره به مالك ـ رحمه الله ـ في موطئه وذلك أنه قال تفسيره فيما نرى ـ والله أعلم ـ أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشيء ـ وفي الرهن فضل عما رُهِن فيه، فيقول الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى أجل كذا وكذا[12] وإلا فالرهـن لك بما فيه؛ قال: فهذا لا يصلح ولا يحل، وهذا الذي نهى عنه؛ وإن جاء صاحبه بالذي رهن به بعد الأجل، فهو له، وأرى

---

(٧) أخرجه ابن ماجه من حديث أبي هريرة، انظر السنن ٢/٨٤.

(٨) رواه الحاكم والبيهقي من حديث أبي هريرة، انظر الفتح الكبير ٢/١٤٢.

(٩) رواه أبو داود في مراسيله، وابن عدي والدارقطني والبيهقي من حديث أنس، انظر الفتح الكبير ٢/١٤٢.

(١٠) لم أقف على من خرجه، قال الشيخ مرتضى في التاج، وذكره في العباب انظر (غلق).

(١١) السفر والحضر: ت، الحضر والسفر: ح ٢، وهي ساقطة في هـ.

(١٢) الذي في النسخة المطبوعة من الموطأ (إلى أجل يسميه له).

هذا الشرط مفسوخاً[١٣]، وتفسيره صحيح، لأن غلق الرهن معناه ألا يفك، قال: زهير.

وَفَـارَقَتْـكَ بِـرَهْنٍ لَا فِكَـاكَ لَـه يَوْمَ الوِدَاعِ فأمسى الرهن قد غلقا[١٤]

وأما قوله ـ ﷺ ـ: «الرهن محلوب ومركوب بنفقته»، فالذي تأوله عليه أصحابنا[١٥] على المذهب أن الراهن الذي له الرقبة هو يركبه ويحلبه أي له أجر الركوب وما يحلب منه من اللبن، إذ عليه النفقة؛ وأما قوله الرهن بما فيه، فمعناه إذا هلك وعميت قيمته، وكذلك قال أشهب وابن القاسم وأصبغ؛وأما قوله«**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وعَلَيْه غُرْمُه**»، فغنمه نماؤه وزيادته، وغرمه تلفه ونقصانه؛ فأما النماء والزيادة، فلا خلاف أنها للراهن على ما ورد في الحديث؛ وإنما الاختلاف هل يدخل في الرهن على ما سنبينه ـ إن شاء الله. وأما قوله ـ ﷺ ـ : عليه غرمه فيتناول فيما لا يغاب عليه أو فيما يغـاب عليه، إذا قامت البينة على تلفه من غير تعدي المرتهن.

فصـــل

فالرهن يجوز ويلزم بالعقد ولا يتم وينبرم ويصح التوثق به إلا بالحيازة لقول الله تعالى: ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾. ومن أهل العلم من قال إنه لا يكون رهناً حتى يكون مقبوضاً ـ وهذا مذهب الشافعي وأهل العراق، وفائدة الخلاف بيننا وبينهم في ذلك أنه إذا قال رهنتك هذا الثوب فقبل المرتهن، ثم بدا للراهن في ارهانه، فإنه يجبر عندنا على أن يقبضه، لأن الرهن قد تم عقده؛ وعندهم أنه يكون مخيراً بين أن يقبض فيلزم، وبين ألَّا يقبضه فلا يلزم؛ فإذا قبضه لزم؛ واستدلوا على ذلك[١٦]، بقوله ـ عزَّ وجلَّ: ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾، وقالـوا لما وصفهـا الله ـ عزَّ وجلَّ ـ بالقبض، وجب أن يكون ذلك من شروط كونها رهناً، وأن يكون القبض مصاحباً لها كما أنه لما وصف الرقبـة بالإيمان، كان الإيمان شرطاً فيها، مصاحباً

---

(١٣) انظر الموطأ ص ٥١٦ ـ حديث (١٤٠٩) ـ طبع دار النفائس.

(١٤) يعني أنها ارتهنت قلبه، انظر التاج (غلق).

(١٥) من هنا إلى قوله (ولكن أحق به من الغرماء) ـ وهو نحو صفحتين ـ ساقط في ح ٢، ثابت في ت هـ.

(١٦) جملة (على ذلك) ساقطة في هـ، ثابتة في ت.

لها. وقالوا فلأن قوله ﴿ فرهان مقبوضة ﴾، لا يخلو أن يكون خبراً، أو أمراً، فإن كان خبراً، كان شرطاً فيه لامتناع أن يقع الخبر بخلاف مخبره؛ وإن كان أمراً، فهو على وجوبه؛ والدليل على صحة قولنا، قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾. والعقد قد حصل، لأنه الإيجاب والقبول ـ وذلك موجود، وأيضاً فإنه قال: ﴿ **فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ** ﴾، فجعل القبض من صفاتها فدل ذلك على أنها تكون رهناً قبل القبض، لأن وصف الشيء بصفة، يجب أن يكون معنى زائداً على وجوده ولا ناقد، اتفقنا على أنه إذا أقبضه الرهن، فإنه يصح ويلزم وليس يخلو أن يكون القول الأول الذي تلاه القبض قد انعقد[17] به الرهن أو لم ينعقد، فإن كان قد انعقد به، فذلك ما قلناه؛ لأنه إنما أقبضه ما ثبت رهناً، فيجب أن يكون كونه رهناً سابقاً للإقباض؛ وإن كان لم ينعقد به لم يجز أن يصير[18] رهناً بهذا القبض، لأن مجرد القبض لا يجعل المقبوض رهناً، ففي اتفاقنا على لزومه بالقبض دليل بيّن على انعقاده بالقول.

فصـــل

واختلف إذا جعل الرهن على يدي عدل، فقالت طائفة ليس بمقبوض، والذي ذهب إليه مالك أنه مقبوض، فيكون بذلك شاهداً له، ويكون أحق به من الغرماء. حكى هذا عن مالك إسماعيل القاضي في الأحكام، وقاله ابن المواز ـ وهو ظاهر الروايات في المدونة وغيرها؛ وقال أصبغ في سماع يحيى من كتاب الرهون أنه لا يكون له شاهداً إذا كان على يدي عدل، وهو ظاهر قول مالك في موطئه.

فصـــل

ولما جعل الله ـ عزَّ وجلَّ ـ الرهن بدلاً من الكتاب والإشهاد في التوثقة عند عدم الكاتب، فقال: ﴿ **وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ** ﴾،

---

(١٧) انعقد به الرهن: هـ، انعقد عليه به الرهن: ت.

(١٨) يصير: هـ، يكون: ت.

دل أن الرهن يقوم مقام الكتاب في بعض أحواله، إذ لا يجوز أن يعوض شيء من شيء وهو لا ينوب منابه في حال، ألا ترى أن التيمم لما جعله الله بدلاً من الوضوء فقال تعالى: ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً ﴾[١٩]، ناب منابه في استباحة الصلاة به، فنوبه مناب التوثق بالإشهاد، هو ما ذهب إليه مالك ـ رحمه الله أن الرهن شاهد لمرتهنه إلى مبلغ قيمته؛ لأنه إنما صار رهناً من أجل قيمته، فكان الرهن شاهداً بقيمته، كما أن الشهود قيام بما أشهدوا[٢٠] به، خلافاً لأهل العراق في قولهم إن القول قول الراهن، لأنه مقر مدعى عليه؛ وهذا غلط منهم، بل الراهن مدع، لأنه يدعي أنه مستحق لقبض الرهن بما يَذكره، فمن أجل هذه النكتة دخل في حيز المدعين فلم يجز أن يعطى[٢١] بدعواه؛ وكذلك أصول مالك رحمه الله، يقول في الزوجين إذا اختلفا في الصداق قبل الدخول أنه لا جائز أن يحكم للزوج بدعواه، لأنه يقول إنه مستحق لقبض المرأة وبضعها بما يذكره[٢٢] فهو مدع. وكذلك المتبايعان إذا اختلفا في الثمن قبل القبض، أن المشتري يقول إنه مستحق لقبض السلعة بما يذكره من الثمن فهو في هذه الحال مدع؛ فكذلك الراهن مدع لقبض الرهن بما يذكره، والمرتهن يقول غير ذلك؛ فأعدل الأمور ما ذهب إليه مالك ـ رحمه الله ـ أن يرد الأمر إلى مبلغ قيمة الوثيقة. وهي الرهن، ويستحلف مع ذلك لإمكـان أن يرهن بأقل من قيمته وأكثر[٢٣].

فصـــل

وما يدعي المرتهن من الفضل على قيمة الرهن لا وثيقة له به، فهو فيه مدع؛ فإذا ضاع الرهن، أو دخل الزوج بالمرأة، أو قبض المشتري السلعة؛ كان القول في هذه الحال قول الراهن، وقول الزوج، وقول المشتري ـ مع أيمانهم؛ لأنهم في هذه الحال مقرون مدعى عليهم، لا يدعون أنهم مستحقون لشيء بإقرارهم هذا.

(١٩) الآية: ٤٣ ـ سورة النساء، وجاءت على منوالها الآية: ٦ من سورة المائدة.
(٢٠) أشهدوا: ح ٢ هـ، شهدوا: ت.
(٢١) يعطي: ح ٢ هـ، يقضي: ت.
(٢٢) ويضعها بما يذكره: ح ٢ هـ، ونصفها بما يذكره من الثمن، فهو في هذه الحال: مدع: ت.
(٢٣) وأكثر: ح ٢ هـ، أو أكثر: ت.

فصل

وعند مالك رحمه الله أن كل متداعيين إذا كان مع أحدهما من البرهان[٢٤] على دعواه ما ليس مع صاحبه ـ وإن لم يكن قاطعاً، كان هو المبدأ باليمين والمحكوم له بها؛ فمن ذلك البدء عند تكافؤ البينتين ـ والشاهد العدل واختلاف الزوجين في متاع البيت وإرخاء الستر، وما أشبه ذلك.

فصل

وقال مالك إن المرتهن يحلف على جميع دعواه. وإن كان أكثر من قيمة الرهن، إذ لا جائز أن يحلف الإنسان على بعض دعواه ـ دون بعض، فما كان من الفضل على قيمة الرهن لم يلزم الراهن بيمين المرتهن، فيحلف الراهن حينئذ من أجل هذا الفضل، فإن حلف برىء منه، وإن نكل لزمه ذلك بنكوله مع ما تقدم من يمين المرتهن.

فصل

ولو لم يكن الرهن شاهداً ـ وكان القول قول الراهن كما يقول أهل العراق، لم يكن لقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الذِي ٱؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾[٢٥] ـ معنى، لأنه إذا ائتمنه ولم يستوثق منه بالرهن فيما داينه به، فالقول قوله أيضاً فيما يقر به من الدين، ولا يجوز أن تكون الحال الثانية كالتي قبلها، فالقرآن دال على خلاف قول أهل العراق في هذه المسألة ومن أهل العلم من يقول إن القول قول المرتهن وإن ادعى أكثر من قيمة الرهن. وهو شاذ، ففي المسألة ثلاثة أقوال.

فصل

ولا تنفع الشهادة في حيازة الرهن إلا بمعاينة الرهن، لأن في تقارر

---

(٢٤) البرهان: ح ٢ هـ، التراهن: ت.

(٢٥) الآية: ٢٨٣ ـ سورة البقرة ـ وقد مر صدرها في أول كتاب الرهون.

المتراهنين بالحيازة، إسقاط حق غيرهما؛ إذ قد يفلس الراهن فلا يقبل منه إقراره بعد التفليس بالحيازة.

فصل

ولو وجد الرهن بيد المرتهن بعد التفليس، فادعى أنه قبضه قبل التفليس[٢٦] ـ وجحد ذلك الغرماء؛ لجرى الأمر على الاختلاف في الصدقة توجد بيد المتصدق عليه بعد موت المتصدق، فيدعي قبضها في صحته؛ وفي المدونة دليل على القولين جميعاً. ولو لم يتعلق بذلك للغرماء[٢٧] حق، لوجب أن يصدق الراهن ويقبل إقراره له أنه قد حاز الرهن، فيكون بإقراره له شاهداً على حقه إلى مبلغ قيمته.

فصل

واختلف في ضمان الرهن إذا هلك بيد المرتهن من غير أن يكون هو مستهلكه، فقالت طائفة من أهل العلم: إن كان الرهن مثل الدين أو أكثر منه، فهو بما فيه؛ وإن كان أقل من الدين، ذهب من الدين بقدره ورجع المرتهن على الراهن بما نقص من حقه؛ وقالت طائفة يذهب الرهن بما فيه من الدين كانت قيمته مثل الدين أو أكثر منه أو أقل، ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء. وقالت طائفة يترادان الفضل بينهما ـ إن كانت قيمة الدين أكثر من قيمة الرهن، رجع المرتهن على الراهن بالفضل، وإن كانت قيمة الرهن أكثر، رجع الراهن على المرتهن بما فضل من قيمة الرهن على الدين؛ ويروى هذا القول عن ابن عمر، وعلي بن أبي طالب ـ رضي الله عنهما؛ وذهب مالك رحمه الله إلى أنه إن كان الرهن مما يغاب عليه ويخفى هلاكه نحو الذهب والفضة والعروض والطعام والمتاع، ترادا الفضل فيما بينهما؛ إلا أن تقوم بينة على هلاكه من غير سببه، فيكون ضمانه من الراهن ويكون الدين ثابتاً بحاله، وقد روي عن مالك ـ رحمه

---

(٢٦) عبارة (فادعى. . قبل التفليس) ساقطة في ح ٢، ثابتة في ت هـ، والمعنى يقتضيها.
(٢٧) بذلك الغرماء: ح ٢ هـ، الغرماء بذلك: ت.

الله ـ أن المرتهن ضامن، ويترادان الفضل ـ وإن قامت بينة على الهلاك ـ وهو قول أشهب، وذكر القولين عن مالك محمد بن المواز في كتابه؛ فوجه سقوط الضمان هو أن المعنى الذي لأجله ضمناه عدم العلم بصدقه فيما يدعيه، فإذا علم صدقه، لم يبق سبب للإيجاب الضمان؛ ألا ترى أن ما يظهر هلاكه لا يضمنه، لأن العلم بصدقه يعلم من غير جهته، وكذلك إذا قامت البينة بهلاك ما يخفى هلاكه؛ ووجه وجوبه هو أن العلة إذا وضعت حسماً للباب، لم تخصص في موضع من المواضع؛ ألا ترى أن منع قبول شهادة الأب لابنه، والابن لأبيه[٢٨] ـ لأجل التهمة الغالبة في الطباع، فحمل الباب محملاً واحداً ـ ولم ينقض بنادر؛ وكذلك في مسألتنا أصل العروض والذهب والفضة مما يخفى هلاكه ـ وإن جاز أن يخرج من هذا الأصل ـ نادر بأن يعلم هلاكه بغير صنع المرتهن؛ لأن[٢٩] الحكم أجري مجرى واحداً على غالبه ـ حسماً للباب.

وإن كان الرهن مما يظهر هلاكه نحو الدور والأرضين والحيوان وهلك، فهو من الراهن، ودين المرتهن ثابت على حاله؛ وقالت طائفة من أهل المدينة وأهل مكة وغيرهم، منهم الزهري وغيره إذا تلف الرهن، فهو في مال الراهن ودين المرتهن ثابت على حاله ـ كان مما يغاب عليه، أو مما لا يغاب عليه؛ وهذا على[٣٠] قول الشافعي، وأحمد بن حنبل؛ واحتجوا بحديث الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**». قالوا: فغنمه: زيادته ونماؤه، وغرمه نقصانه وذهابه.

فصل

والحجة لمالك رحمه الله في تفرقته بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، هي أن الرهن لم يجر مجرى الأمانات المحضة، ولا مجرى المضمون المحض، لأنه أخذ شبهاً من الأمرين، فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد؛ وذلك لأن الأمانة

(٢٨) الأب لابنه، والابن لأبيه: ح ٢ هـ، الابن لأبيه، والأب لابنه: ت.
(٢٩) لأن: ح ٢، إلا أن: ت هـ.
(٣٠) وهذا على قول: ح ٢، وهذا هو قول: ت، وهو قول: هـ.

المحضة هي التي لا نفع فيها لقابضها، بل النفع فيها للمالك ـ كالوديعة، أو جل النفع كالقراض؛ والمضمون المحض هو ما كان النفع كله لقابضه كالقرض، أو تعدي جناية كالغصب؛ وفي مسألتنا لما لم يكن تعد ولا جناية فيضمن، ولا ينفرد المالك بالمنفعة فيسقط الضمان على المرتهن ـ وكانت المنفعة لهما؛ أما للمالك[٣١] بأن حصل له ما ابتاعه أو سلفه وبقي الدين في ذمته لأجل الرهن، ولولاه لم يملكه؛ والمرتهن بحصول التوثق له، فلم يقبضه لمالكه؛ ـ لم يجز أن ينفرد بحكم أحدهما على[٣٢] التحديد، لأخذه شبهاً منهما جميعاً؛ وإذا وجب بهذه الجملة ألا يحكم[٣٣] فيه بحكم أحدهما ووجب الفصل بينهما، حصل من ذلك ما قلناه؛ لأن أحداً لم يفصل بينهما إلا بما ذكرناه؛ فهذه نكتة المسألة وفقهها؛ والدليل على فساد قول من أوجب على المرتهن ضمان الرهن ـ كان مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه. جملة من غير تفصيل ـ وهو مذهب أبي حنيفة ـ: استصحاب الحال في براءة ذمة المرتهن في الأصل، وثبوت الدين في ذمة الراهن، فعلى مدعي نقل ذلك عما هو عليه ـ في الأصل الدليل؛ ويدل عليه أيضاً قول النبي عليه السلام: «**الرَّهْنُ ممَّنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»، وقوله: «**مِمَّنْ رَهَنَهُ**»، يفيد أن تلفه منه، وذلك ينفي أن يضمنه المرتهن؛ وما احتجوا له مما روي أن رجلاً ارتهن فرساً من رجل فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ ـ للمرتهن: ذهب حقك، لا حجة له فيه؛ لاحتمال أن يكون ذهب حقك من الوثيقة لا دينك، وفائدته أنه لا يلزم الراهن رهنٌ آخر بدله.

فصل

والدليل على فساد قول الشافعي ومن أسقط الضمان عن المرتهن جملة من غير تفصيل فيما يغاب عليه وفيما لا يغاب عليه، قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ**»[٣٤]، وعلى من حروف الإيجاب. وقوله ﷺ: «**الرهن بما فيه**»، وهذه

(٣١) للمالك: ح ٢ هـ، المالك: ت.
(٣٢) على التحديد: ح ٢ هـ، ووجب التحديد: ت.
(٣٣) يحكم فيه: ح ٢ هـ، بحكم له فيه ـ بزيادة (له): ت.
(٣٤) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث سمرة بن جندب.

عبارة عن وجوب ضمانه على المرتهن وأما ما احتجوا به من قوله ﷺ: **«لا يغلق الرهن»**، وقالوا معناه أن الحق لا يسقط بتلفه؛ فلا يصح لأن هذه دعوى في التأويل، وإنما معناه أنه لا يستحق بتعذر أداء الحق على ما كانت الجاهلية تفعله. واحتجوا أيضاً بقوله ـ ﷺ ـ: الرهن من راهنه، له غنمه وعليه غرمه، أي منه تلفه وعطبه؛ وهذا مخصوص فيما يظهر هلاكه، بدليل ما قدمناه فلا حجة لهم فيه.

فصل

وأجمع أهل العلم على أن المرتهن ليس له الانتفاع بشيء من الرهن فيما سوى الحيوان، واختلفوا في الحيوان: فقالت طائفة من أهل العلم إذا كان الرهن حيواناً ـ شاة أو بقرة أو غير ذلك، فله أن يحتلب الشاة والبقرة، ويركب الحمار بقدر ما يعلفه؛ واحتجوا بحديث أبي هريرة عن النبي عليه السلام أنه قال: **«الرَّهْنُ يُحْلَبُ وَيُرْكَبُ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ»**. وعلى الذي يحلب ويركب نفقته، وهو قول أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه؛ وقال جمهور أهل العلم ليس له أن ينتفع بشيء من الرهن ـ حيواناً كان، أو غيره ـ وهو قول مالك والشافعي؛ وقال الشافعي معنى قول أبي هريرة الرهن محلوب ومركوب بنفقته. أن الراهن هو الذي يركبه ويعلفه، لأنه ملكه لا المرتهن؛ واحتج هو وغيره بحديث ابن عمر عن النبي ـ عليه السلام ـ أنه قال: **«لا يحتلبن(٣٥) أحد ماشية أحد إلا بإذنه»**(٣٦).

فصل

فإذا(٣٧) قلنا إن المرتهن ليس له من نماء الرهن ولا من غلته شيء، فهل يدخل ذلك في الرهن أم لا ـ في ذلك تفصيل، وذلك أن النماء على ضربين: نماء متميز عن الرهن، ونماء غير متميز عنه؛ فأما ما كان غير متميز عن الرهن، فلا خلاف أنه يدخل في الرهن وذلك كسمن الدابة والجارية، وكبر الصغير وما أشبه

---

(٣٥) يحتلبن: ح ٢ يحلبن: ت هـ.

(٣٦) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث ابن عمر.

(٣٧) فإذا: ت ح ٢، وإذا: هـ.

ذلك؛ وأما ما كان متميزاً عن الرهن، فإنه أيضاً على وجهين، أحدهما أن يكون على خلقته وصورته، والثاني أن لا يكون على خلقته وصورته؛ فأما ما كان على خلقته وصورته ـ كالولد فإنه داخل مع الأم في الرهن من بني آدم، ومن سائر الحيوان؛ وكذلك ما كان في معناه من فسلان النخيل؛ فإنه داخل مع الأصول في الرهن؛ وأما ما لم يكن على خلقته وصورته؛ فإنه لا يدخل في الرهن ـ كان متولداً عنه كثمرة النخيل[38]، ولبن الغنم وصوفها؛ أو غير متولد عنه ككراء الدار؛ وخراج الغلام؛ هذا هو المشهور في المذهب المعلوم[39] من قول مالك، وقد روي عنه أن ذلك كله داخل في الرهن ـ كان متولداً عنه، أو غير متولد عنه؛ وذهب أبو حنيفة إلى أنه يدخل في الرهن كل نماء متميز منه متولد عنه على غير خلقته، قياساً على نسل الحيوان وعلى النماء المتصل بالرهن الذي لا يتميز منه؛ وذهب الشافعي إلى أنه لا يدخل في الرهن من النماء إلا ما كان غير متميز منه كسمن الجارية والدابة، واستدل من نصر[40] قوله على ذلك بقوله ﷺ: له غنمه، فالولد من[41] غنمه، قالوا ولأنه حق متعلق بعين قد يستوفي من ثمنها، فوجب ألا يسري إلى ولدها أصله أرش الجناية، وهو أن الأمة إذا جنت ثم حملت أن الولد لا يدخل في الجناية، ولأن كل ما لا يتبع الجانية في الجناية فلا يتبع المرهونة في الرهن، أصله الكسب، فهذه مقدمات في الرهون تبنى عليها مسائل الكتاب ـ إن شاء الله تعالى وبه التوفيق.

---

(٣٨) النخيل: ح ٢ هـ، النخل: ت.
(٣٩) المعلوم: ت هـ، والمعلوم: ح ٢.
(٤٠) نصر: ت هـ، نظر: ح ٢.
(٤١) من: ح ٢ هـ، هو: ت.

كتاب الكفالة[1]

فصل في تفسير الكفالة ومعناها

الكفالة هي الضمان ومعناها: التزام القيام بالشيء والاستطلاع به؛ وللضامن في اللغة سبعة أسماء، وهي: زعيم، وكفيل، وقبيل، وأذين، وحميل، وصبير، وضامن. يقال من ذلك زعم يزعم زعامة فهو زعيم، وكفل يكفل كفالة فهو كفيل، وقبل يقبل قبالة فهو قبيل، وأذن يأذن إذانة فهو أذين. وحمل يحمل حمالة فهو حميل، وصبر يصبر صبراً فهو صبير، وضمن يضمن ضماناً فهو ضامن ـ بمعنى واحد؛ وهي موجودة في القرآن، وفي السنن والآثار، وفيما يحتج به من الأشعار، وقائمة من ذلك؛ قال الله ـ عزَّ وجلَّ في الزعيم ـ : «وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿ سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ ﴾[3]. وقال ـ ﷺ ـ : «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»[4]، وقال: «لَا تَقُومُ السَّاعَةُ حَتَّى يَكُونَ زَعِيمُ الْقَوْمِ أَرْذَلَهُمْ»[5]،

---

(١) كتاب الكفالة: ت ح ١ ق ٢، كتاب الكفالة والحوالة: هـ ـ من هنا تبتدىء المقابلة مع نسخة ق ٢ ـ وقد وصلتني قطعة منها ـ وأنا على وشك الانتهاء من العمل، على أنها لا تكاد تزيد شيئاً على النسخ الثلاث.

(٢) الآية: ٧٢ ـ سورة يوسف.

(٣) الآية: ٧٠ ـ سورة القلم.

(٤) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أبي أمامة.

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب الفتن.

أي من يتحمل الكلام ـ عنهم، ويتقدم فيه[٦] دونهم، وينوب فيه منابهم؛ وقال تعالى في الكفيل: ﴿ وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً ﴾[٧]، وقال رسول الله ﷺ: «تَكَفَّلَ اللَّهُ لِمَنْ جَاهَدَ فِي سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ مِنْ بَيْتِهِ إلاَّ الْجِهَادُ فِي سُبِيلِهِ وَابْتِغَاء مَرْضَاتِهِ: أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ أَوْ يَرُدَّهُ إِلَى مَسْكَنِهِ الذِي خَرَجَ مِنْهُ مَعَ مَا نَالَ مِنَ أَجْرٍ أَوْ غَنِيْمَةٍ»[٨]. وذكر ﷺ: «أَنَّ رَجُلاً[٩] مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ سَأَلَ بَعْضَ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنْ يُسْلِفَهُ أَلْفَ دِينَارٍ، فَقَالَ: آئْتِنِي بِالشُّهَدَاءِ أُشْهِدُهُمْ، فقال[١٠]: كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا؛ قَالَ[١١]: آئْتِنِي بِالْكَفِيلِ، قَالَ: كَفَى بِاللَّهِ كَفِيلاً؛ قَالَ صَدَقْتَ؛ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ إِلَى أَجلٍ مُسَمًّى، فَخَرَجَ فِي الْبَحْرِ فَقَضَى حَاجَتَهُ، ثُم آلْتَمَسَ مَرْكَباً يَرْكَبُهُ يَقْدَمُ عَلَيْهِ لِلأَجَلِ آلذِي أَجَّلَهُ، فَلَمْ يَجِدْ مَرْكَباً؛ فَأَخَذَ خَشَبَةً فَنَقَرَهَا فَأَدْخَلَ فِيهَا أَلْفَ دِينَارٍ وَصَحِيفَةً مِنْهُ إِلَى صَاحِبِهَا، ثُمَّ زَجَّجَ مَوْضِعَهَا، ثُمَّ أَتَى بِهَا إِلَى آلْبَحْرِ، فَقَالَ: آللَّهُمَّ إنك تَعْلَم أَنِّي تَسَلَّفْتُ فُلاناً[١٢] أَلْفَ دِينَارٍ فَسَأَلَنِي كَفِيلاً فَقُلْت: كَفَى بِاللَّهِ كَفِيلاً، فَرَضِيَ بكَ[١٣]؛ وَسَأَلَنِي شُهُوداً فَقُلْتُ: كَفَى بِاللَّهِ شَهِيداً فَرَضِيَ بكَ[١٣]؛ وَإِنِّي جَهِدْتُ أَنْ أَجِدَ مَرْكَباً أَبْعَثُ إِلَيْهِ آلذِي لَهُ؛ فَلَمْ أَقْدِرْ عَلَيْه؛ وَإِنِّي آسْتَوْدَعْتُكَهَا فَرَمَى بِهَا فِي آلْبَحْرِ حَتَّى وَلَجَتْ فِيهِ ـ وَهُوَ فِي ذَلِكَ يَلْتَمِسُ مَرْكَباً يَخْرُجُ إِلَى بَلَدِهِ؛ فَخَرَجَ الرَّجُلُ آلذِي كَانَ أَسْلَفَهُ يَنْظُرُ لَعَلَّ مَرْكَباً قَدْ جَاءَ بِمَالِهِ، فَإِذَا بِالْخَشَبَةِ آلتِي فِيهَا آلْمَالُ؛ فَأَخَذَهَا لأَهْلِهِ حَطَباً؛ فَلَمَّا نَشَرَهَا وَجَدَ آلْمَالَ وَالصَّحِيفَةَ؛ ثُمَّ قَدِمَ آلذِي كَانَ أَسْلَفَهُ، فَأَتَى بِالأَلْفِ دِينَارٍ وَقَالَ: وَاللَّهِ مَا زِلْتُ[١٤] جَاهِداً فِي طَلَبِ مَرْكَبٍ لآتِيَكَ

---

(٦) كلمة (فيه) ساقطة في ت.

(٧) الآية: ٩١ سورة النحل.

(٨) حديث متفق عليه.

(٩) أن رجلاً: ح ٢ ق ٢، رجلاً ـ بإسقاط (أن): ت هـ.

(١٠) فقال: ت، قال: ح ٢ ق ٢ هـ ـ ونسخة ت هي الرواية.

(١١) قال: ح ٢ ق ٢ هـ، فقال: ت ـ والرواية: قال.

(١٢) تسلفت فلاناً ألف دينار: ح ٢ ق ٢ هـ، تسلفت ألف دينار من فلان: ت.

(١٣) بك: ت ح ٢، بذلك: ق ٢ هـ ـ والرواية (بك).

(١٤) ما زلت: ح ٢ ق ٢ هـ، لقد لبثت: ت، والرواية (ما زلت).

بمَالِكَ؛ فَمَا وَجَدْتُ مَرْكَباً قَبْلَ ٱلذِي أَتَيْتُ فِيهِ، قَالَ: هَلْ كُنْتَ بَعَثْتَ إِلَيَّ شَيْئاً؟ قَالَ: أُخْبِرُكَ أَنِّي لَمْ أَجِدْ مَرْكَباً غَيْرَ ٱلذِي أَتَيْتُ فِيهِ، قَالَ: فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ أَدَّى عَنْكَ ٱلذِي بَعَثْتَ فِي ٱلْخَشَبَةِ؛ قَالَ[15]: فَٱنْصَرِفْ بِالأَلْفِ الدِّيْنَارِ[16] رَاشِداً[17]»، وقال تعالى في القبيل: ﴿أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا﴾[18]. والأذين مأخوذ من قوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكَ لَيَبْعَثَنَّ عَلَيْهِمْ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ مَنْ يَسُومُهُمْ سُوءَ الْعَذَابِ﴾[19]، ومن قوله: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾[20]، وقال الشاعر:

فقلت قدي وغضي الطرف[21] إني أذين بالترحل والأفود

وقال امرؤ القيس:

وإني أذين إن رجعت مملكاً بسير ترى منه الفواتق أزورا

وإنما كان الأذين بمعنى الحميل، لأن الأذين والأذان، والإذن، وما تصرف من ذلك، إنما هو بمعنى الإعلام؛ فلما كان بمعنى الإعلام الذي لا يكون إلا بمعلوم متيقن حاصل لا يصح أن يوجد بخلافه، إذ هو مأخوذ من العلم الذي هو معرفة المعلوم على ما هو به، بخلاف الإخبار الذي يصح أن يوجد بخلاف مخبره بما يدخله من الصدق والكذب، كان قول الرجل: أنا أذين بما لفلان على فلان إيجاباً منه على نفسه أداء المال إليه، إذ لا يستعمل ذلك اللفظ إلا في الواجب المتيقن الذي لا يصح أن يكون الأمر بخلافه ـ والله أعلم. والحميل مأخوذ من قوله

---

(١٥) كلمة (قال) ساقطة في ت.
(١٦) فانصرف بالألف دينار راشداً: ق ٢ هـ، فانصرف بالألف راشداً: ح ٢، فانصرف راشداً: ت.
(١٧) أخرجه البخاري في باب الكفالة من صحيحه، انظر ج ٢/٢٧.
(١٨) الآية: ٩٢ ـ سورة الإسراء.
(١٩) الآية: ١٦٧ ـ سورة الأعراف.
(٢٠) الآية: ٧ ـ سورة إبراهيم.
(٢١) الطرف: هـ، اللوم: ت ح ٢، ق ٢.

تعالى: ﴿ وَإِنْ تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَى حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى ﴾[٢٢]، وأما الضامن فإنه بين[٢٣] المعنى.

فصـــل

فالكفالة بالمال جائزة في الشرع، لازمة في صريح الحكم؛ وهي من المعروف، وتجوز عند مالك وأصحابه في المعلوم والمجهول ـ خلافاً للشافعي في قوله إنها لا تجوز في المجهول؛ والأصل في جوازها الكتاب والسنة وإجماع الأمة؛ فأما الكتاب فهو ما تلوناه من قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ** ﴾، وقوله: ﴿ **سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ** ﴾، وأما السنة فكثير، منها: ما روي أن قبيصة بن المخارق أتى النبي ـ ﷺ فسأله وقال له إني[٢٤] تحملت بحمالة، فقال: «**نَحْنُ نُخْرِجُهَا عَنْكَ مِنَ الصَّدَقَةِ يَا قَبِيصَةُ، إِنَّ ٱلْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا فِي ثَلَاثٍ: رَجُلٍ تَحَمَّلَ بِحَمَالَةٍ فَحَلَّتْ لَهُ ٱلْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُؤَدِّيَهَا ثُمَّ يُمْسِكُ**»[٢٥]، ففي إحلاله ﷺ المسألة لمن تحمل بحمالة ـ دليل على جواز الحمالة ولزومها ووجوبها عليه؛ وقد استدل أيضاً بظاهر هذا الحديث ـ من قال إن للمكفول له مطالبة الكفيل وإن كان المكفول عنه ملياً، إذ أباح رسول الله ـ ﷺ ـ المسألة المحرمة بنفس الحمالة، ولم يعتبر حال المتحمل عنه، وفيه أيضاً دليل على إجازة الحمالة بالمال المجهول، لأن فيه تحملت بحمالة ـ ولم يذكر لها قدراً ولا مبلغاً ـ وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابهما، خلافاً للشافعي في قوله إن الحمالة بالمال المجهول لا تصح، لأنها مخاطرة على ما قد ذكرناه عنه. وأما الإجماع فلا خلاف بين الأمة في جوازها ـ وإن اختلفوا في كثير من شروطها وأحكامها.

فصـــل

فالحمل والحمالة في اللغة سواء في المعنى، لأنهما جميعاً مصدران من

---

(٢٢) الآية: ١٨ سورة فاطر.

(٢٣) فإنه بين: ح ٢ ق ٢ هـ، فهو ما بين: ت.

(٢٤) إني تحملت: ح ٢ ق ٢ هـ، إني قد تحملت: ت.

(٢٥) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث مثله.

حمل يحمل حملاً وحمالة؛ ويفترق معناهما عند الفقهاء بعرف التخاطب؛ فالحمالة عندهم أن يتحمل بالحق أن يؤديه عن المطلوب ويرجع به عليه؛ وكذلك الكفالة، والإذانة، والزعامة، والقبالة؛ والحمل ـ عندهم هو أن يتحمل بالحق عن المطلوب ـ على أن يؤديه عنه ولا يرجع به عليه؛ ولفظ الضمان عندهم محتمل للوجهين جميعاً؛ فإذا ضمن الرجل عن الرجل المال في عقد البيع أو بعد عقد البيع، أو ضمن عنه الصداق بعد عقد النكاح، فهو على الحمالة حتى ينص أنه أراد بذلك الحمل ـ بلا خلاف، وأما إذا ضمن عن الزوج الصداق في عقد النكاح ـ ابنه كان أو أجنبياً، فاختلف فيه هل هو محمول على الحمل حتى يبين أنه أراد بذلك الحمالة، أو على الحمالة حتى يريد به الحمل؛ فمذهبه في المدونة أنه على الحمل حتى يريد به الحمالة ـ وهو قول ابن حبيب في النكاح من الواضحة، وقول ابن القاسم في رواية سحنون عنه من العتبية؛ وروى عيسى عنه في غير العتبية أنه على الحمالة حتى يريد به الحمل.

فصـــل

فإذا حمل الرجل عن الرجل المال في عقد البيع، أو حمل عنه الصداق في عقد النكاح، فذلك لازم له ثابت في ذمته وماله في الحياة وبعد الممات واختلف إذا حمل ذلك عنه بعد عقد البيع، أو بعد عقد النكاح: فروى أصبغ عن ابن القاسم أنه يلزمه في الحياة ويسقط عنه بعد الوفاة ـ كالهبة إذا لم تقبض حتى مات الواهب ـ وقاله ابن حبيب في النكاح من الواضحة؛ وقال ابن الماجشون في الحمالات منها: إن ذلك لازم له في الحياة وبعد الوفاة. كالحمالة؛ قال[٢٧]: لأنها ثمن لما ترك المحمول له من ذمة غريمه ومن حقه عليه، فكأنه قال له ابتداء: أعطه كذا وكذا من مالك ـ وهي لك[٢٨] علي: أو أعطه ثوبك ـ وثمنه علي واختاره ابن حبيب ههنا[٢٩] خلاف ما وقع له في النكاح.

---

(٢٦) كلمة (بذلك) ساقطة في ح ٢.
(٢٧) قال: ح ٢ ق ٢ هـ، وقال: ت.
(٢٨) على: ح ٢ ق ٢ هـ، عندي: ت.
(٢٩) ههنا: ت ق ٢ هـ، هنا: ح ٢.

فصـــل

والحمالة على مذهب مالك تجوز عن الحي والميت. غير أنه إن تحمل عن الحي فأدى عنه، كان له الرجوع عليه بما أدى عنه، واتباعه به إن كان معدماً ـ كان تحمل عنه بإذنه أو بغير إذنه؛ وإن كان تحمل عن ميت لا وفاء له بما تحمل به عنه، لم يكن له أن يرجع بما أدى عنه في مال ـ إن طرأ له، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن من تحمل عن رجل بغير أمره[٣٠]، لم يكن له أن يرجع عليه بما أدى عنه؛ وأن الحمالة عن الميت ـ إذا لم يترك وفاء لا تجوز، لأن الدين قد توى[٣١] بذهاب الذمة، والكفالة بالتاوي كفالة بما قد بطل، فلا معنى لها؛ والحجة لمالك في أن الحمالة عن الميت وإن لم يترك وفاء جائزة، وأن الكفيل لا رجوع له في مال ـ إن طرأ للميت: ما روى جابر بن عبد الله أن رجلاً مات وعليه دين فلم يصل عليه النبي ـ عليه السلام ـ حتى قال أبو اليسر أو غيره: هو إليّ فصل عليه، فجاءه من الغد فتقاضاه فقال إنما كان أمس، ثم أتاه[٣٢] من بعد الغد، فأعطاه فقال: الآن بردت عليه جلده؛ فلو لم تكن الحمالة بما عليه جائزة، لما صلّى عليه النبي ﷺ، ولو كان الدين قد تحول إلى الذي أداه عنه ـ ولم يسقط عن الذي كان عليه، لما برد جلده بالأداء عنه؛ لبقاء الدين عليه؛ وهذا بين وقد احتج الطحاوي لأبي حنيفة بهذا الحديث فيمن قضى ديناً عن رجل بغير أمره[٣٣]، أنه لا رجوع له به عليه، ومالك أسعده[٣٤] الحديث، لأنه استعمله في موضعه ولم يعده إلى الحي؛ وفيه أيضاً حجة له على أبي حنيفة في أن الكفالة لازمة للكفيل بغير قبول المكفول له، ودليل على جواز الكفالة بغير إذن المكفول عنه، ووجوب أخذ المكفول له بها ـ الكفيل، وأن ذمة المكفول عنه لا تبرأ بوجوب الكفالة على الكفيل حتى يودي عنه، لقول رسول الله ﷺ: الآن بردت عليه جلده. قال الطحاوي فإذا كانت الحمالة لازمة للحميل،

---

(٣٠) أمره: ح ٢ ق ٢ هـ، أذنه: ت.
(٣١) توى المال: هلك.
(٣٢) أتاه: ح ٢ ق ٢ هـ، أتى: ت.
(٣٣) أمره: ح ٢ ق ٢ هـ، أذنه: ت.
(٣٤) أسعد بالحديث: ح ٢ ق ٢ هـ، أسعده الحديث: ت.

وكان للمكفول له مطالبته بها على ما في الحديث، كان المكفول عنه إذا كان ملياً أحرى بالمطالبة، إذ لم يسقط الدين عن ذمته بالكفالة؛ فوجب أن يكون مخيراً في مطالبة من شاء منهما على ما قاله الشافعي وأبو حنيفة، خلاف ما روي عن مالك؛ قلت: وهذا لا يلزمه، لأن الحديث إنما هو فيمن لم يترك وفاء، ولذلك لم يصل عليه النبي ﷺ، فليس هذا موضع الخلاف؛ وقول مالك الذي اختاره ابن القاسم أظهر أن الكفالة لا تلزم الكفيل مع ملأ المكفول عنه وحضوره واستوائهما في اللدد؛ لأنه إن قضى للمكفول له على الكفيل، قضى في الحين للكفيل على المكفول عنه، فالقضاء له على المكفول عنه أولى وأقل عناء، وبالله التوفيق.

فصل

والحمالة لا تجوز إلا فيما تصح فيه النيابة، وذلك إنما يكون في المال المتعلق بالذمة، أو ما يؤول إلى المال المتعلق بها؛ وأما ما يكون في الأبدان ولا يتعلق بالأموال ـ كالقتل والسرقة والحدود والتعزير، فلا تجوز فيه الحمالة، إذ لا تصح فيه النيابة.

فصل

وهي تنقسم على قسمين: حمالة بالمال وحمالة بالوجه.

فأما الحمالة بالمال فإنها لازمة في الحياة وبعد الممات، كانت في أصل البيع أو بعد عقد البيع؛ لأنها وإن كانت من المعروف، فكأنها إنما خرجت عن عوض، وهو ما رضي به المتحمل له[35] من دفع سلعته أو تأخير غريمه؛ وأيضاً فإنه إذا[36] غرم، يرجع بما غرم؛ واختلف قول مالك في الحميل بالمال: فمرة قال إن المتحمل له بالخيار يأخذ أيهما شاء بحقه إن شاء الحميل وإن شاء المتحمل عنه، وإن كان الغريم ملياً؛ ومرة قال: لا سبيل له إلى الحميل إلا في عدم الغريم ـ وهو اختيار ابن القاسم.

---

(٣٥) كلمة (له) ساقطة في ح ٢.

(٣٦) كلمة (إذا) ساقطة في ح ٢ كذلك.

فصـــل[٣٧]

واختلف على هذا القول إذا قام المتحمل له على الحميل، فقال إن الغريم عديم، وقال الحميل بل هو مليء ـ فمـن يكون القول قوله منهما؟ وعلى من تكون إقامة البينة؟ فعلى ما قاله[٣٨] سحنون في نوازله من كتاب الكفالة أن القول قول المتحمل له، وعلى الكفيل إقامة البينة أن الغريم مليء فإن عجز عن ذلك وجب عليه الغرم، لأنه إذا قال إذا لم يعلم للغريم مال ظاهر، فالحميل غارم. وظاهر ما في سماع سحنون من كتاب النكاح أن الغريم محمول على اليسار، فلا سبيل إلى إغرام الحميل حتى لا يوجد للغريم مال، فعلى المتحمل له إقامة البينة على عدم الغريم.

فصـــل

وكذلك اختلف على هذا القول إذا شرط أن يأخذ أيهما شاء بحقه: فقال ابن الماجشون وابن كنانة وأشهب شرطه باطل ولا سبيل له إلى الحميل إلا في عدم الغريم، واختلف في ذلك قول ابن القاسم: فمرة قال إن الشرط جائز عامل وهو المشهور عنه المعلوم من مذهبه في المدونة وغيرها، وبه قال أصبغ؛ ومرة قال ابن القاسم إن الشرط لا يجوز إلا في القبيح المطالبة[٣٩] أو ذي السلطان؛ وقد تؤول عليه أنه إنما أعمل الشرط من غير استثناء إذا كانت الحمالة في أصل البيع، وبالاستثناء إذا كانت الحمالة بعد عقد البيع؛ والصحيح ما بدأنا به أن ذلك اختلاف من قوله، وألا فرق بين أن تكون الحمالة في عقد البيع أو بعده.

فصـــل

وكذلك اختلف[٤٠] ـ إن اشترط المتحمل له على الحميل أن حقه عليه، وأبرأ الغريم: فظاهر قول ابن القاسم في كتاب الحوالة أن الشرط جائز ولا رجوع له

---

(٣٧) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٣٨) ما قاله سحنون: ح ٢ هـ، ما لسحنون: ت ق ٢.

(٣٩) المطالبة: ت ح ٢ ق ٢، المعاملة: هـ.

(٤٠) اختلف إن اشترط: ح ٢ ق ٢ هـ، اختلف على هذا القول ـ إن اشترط: ت.

على الغريم، وروى ابن وهب عن مالك أنه لا رجوع له عليه إلا أن يموت الحميل، أو يفلس؛ وروى مطرف عن مالك في الواضحة أن له الرجوع على الغريم إن شاء ولم يشترط موتاً ولا فلساً؛ وقال ابن الماجشون شرطه باطل ولا يعدى عليه حتى يملأ الغريم لأنها حمالة حتى يسميها حوالة ـ يقول له أحتال عليك من حقي، فعند ذلك يكون حقه عليه ولا يكون له الرجوع على غريمه الأول.

فصــل

وهذا الاختلاف ـ عندي ـ إنما هو إذا وقع الشرط على ألَّا تباعة للمحتمل له قبله ولا رجوع له عليه، وأن الحميل يرجع عليه بما يؤدي عنه إلى المتحمل له، وأما إذا وقع الشرط على ألَّا تباعة قبله للمتحمل له ولا للحامل فقد سقط الدين عنه باتفاق، ولا رجوع لأحدهما عليه في مال ـ لا للحامل ـ إن أداه إلى الطالب المتحمل له، ولا للطالب ـ إذا[41] أعدم الحميل أو مات، ومن الناس من يحمل رواية ابن وهب عن مالك في المدونة على التفسير لقول ابن القاسم فيها ويقول معنى ما ذهب إليه ابن القاسم أنه لا رجوع للمتحمل له للطالب ـ على غريمه الأول ـ إلَّا أن يموت أو يفلس؛ ويحتمل ـ عندي ـ أن يتأول قول ابن القاسم[42] على أنهما قد أبرءا الغريم جميعاً من الدين جملة؛ فيكون ابن القاسم إنما تكلم على غير الوجه الذي تكلم عليه في رواية ابن وهب عن مالك. فهو ممكن سائغ محتمل.

فصــل

فإن تحمل بالمال حملاً في صفقة واحدة، فيلزم كل واحد منهم ما ينوبه منه على عددهم إلا أن يشترط أن كل واحد منهم حميل عن صاحبه، أو عن أصحابه قال بجميع المال أو لم يقل فيؤخذ المليء منهم بالمعدم، كما يؤخذون بعدم الغريم ويأخذ أيهم شاء على أحد قولي مالك، وعلى كليهما إذ اشترط أن

(٤١) إذا: ح ٢ ق ٢ هـ، إن: ت ق ٢.

(٤٢) يتاول فيه قول ابن القاسم على: ت، يتاول قول ابن القاسم فيها على: ح ٢، يتاول قول ابن القاسم على: ق هـ.

يأخذ أيهم شاء: فإن أخذ أحدهم بما ينوبه من المال، فاختلف هل للمأخوذ منه ذلك أن يرجع على من وجد من أصحابه حتى يساويه في ذلك: فقيل إن ذلك له وإلى هذا ذهب أبو إسحاق التونسي، وقيل إن ذلك ليس له وهو الصواب لأن ما ينوبه من المال، فإنما[٤٣] أداه عن نفسه لا رجوع له به كما لو ثبت عليه من أصل دين، ومثله في كتاب ابن المواز وفي سماع أبي زيد وهو الذي يأتي على ما في المدونة لغير ابن القاسم في مسألة الستة كفلاء ـ وهي مسألة ناقصة، وفي بعض وجوهها انغلاق فأنا أشرح ما انغلق منها وأبين ما أشكل فيها وأكمل ما نقص منها ـ إن شاء الله وما توفيقي إلا بالله.

فصــل
في تفسيرها وشرحها وبيانها

إن سأل سائل عن تفسير الستة الكفلاء الواقعة في كتاب الكفالة من المدونة لغير ابن القاسم، ومعرفة الحكم في رجوع من غرم منهم جميع المال، وأكثر ما يجب عليه منه بسبب الحمالة على أصحابه إذا لقيهم مجتمعين أو مفترقين، ووجه العمل في ذلك؛ فالجواب عنه أن الحكم في ذلك هو أن يرجع من غرم من المال شيئاً بسبب الحمالة على أصحابه بما غرم عنهم على السواء[٤٤] إن لقيهم مجتمعين، وإن لقيهم[٤٥] مفترقين واحداً بعد واحد، رجع على من لقي منهم بما ينوبه مما أدى عنه بسبب الحمالة، وبنصف ما ينوب ما أدى عن أصحابه؛ وإن لقي منهم اثنين معاً، رجع على كل واحد منهما بما ينوبه مما أدى عنه بالحمالة وبتلقي ما ينوب ما أدى عن[٤٦] الباقين، وإن لقي منهم ثلاثة معاً، رجع على كل واحد منهم ـ بما ينوبه من ذلك؛ وبثلاثة أرباع ما ينوب ما أدى بالحمالة عمن غاب؛ وإن لقي اثنان منهم واحداً، رجعا عليه بما أديا عنه من أصل الحق، وبثلث ما أديا عن أصحابه بالحمالة وإن كانوا ثلاثة فلقوا واحداً، رجعوا عليه بما أدوه عنه في

---

(٤٣) فإنما: ح ٢ ق ٢ هـ، ههنا: ت.
(٤٤) السواء: ت هـ، السؤال: ح ٢ ق ٢ ـ وهو تحريف.
(٤٥) عبارة (إن لقيهم مجتمعين)، ساقطة في ح ٢.
(٤٦) عن: ت ح ٢ هـ، على: ق ٢.

خاصته؛ ويربع ما أدوه عن أصحابه بالحمالة، فاقتسموا ذلك بينهم بالسواء؛ وإن لقي واحد منهم من أصحابه من قد غرم بسبب الحمالة شيئاً، حاسبه بذلك ورجع عليه بنصف الباقي؛ وإن كان الذي لقي قد غرم بسبب الحمالة شيئاً أو أغرم(٤٧) هو سواه، حاسبه بالباقي على ما وصفناه؛ وإن لقي واحد منهم أحد أصحابه فرجع عليه ثم لقيه ثانية بعد أن رجع هو على غيره، رجع عليه فساواه فيما رجع به؛ ثم إن لقي المرجوع عليه المغير الذي كان رجع(٤٨) عليه رجع عليه ثانية بما انتقصه(٤٩) الأول إذا لقيه ثانية؛ ثم إن لقيه الأول ثالثة رجع عليه، فلا يزال التراجع يتردد بينهم حتى يستووا ثلاثتهم، ولا يزال يرجع بعضهم على بعض أبداً كلما التقى واحد منهم(٥٠) مع صاحبه ـ وقد أدى أكثر منه حتى يرجع إلى كل واحد منهم ما غرم بسبب الحمالة، فيكون قد أدى ما عليه من أصل الحق دون زيادة ولا نقصان، ولا تنحصر وجوه التراجع بينهم إلى عدد، إذ قد يلتقون على رتب مختلفة، وصور شتى غير متفقة؛ ولا ينقضى التراجع بينهم بأقل من خمس عشرة لقية ـ على أي رتبة التقوا عليها؛ ما لم تلق منهم الجماعة للجماعة أو الواحد للجماعة، أو الجماعة للواحد؛ وتنقضي بخمس عشرة لقية إذا التقوا على رتبة ما سأذكرها فيما بعد مفسرة ـ إن شاء الله؛ ووجه العمل في المسألة لا يتبين إلا بتنزيلها وتصويرها، فأنا أنزلها وأذكر من وجوه التراجع فيها ما ذكره في الكتاب بتفسير ما أشكل منها، ثم أتبع ذلك بما سكت عنه من بقية التراجع على الرتبة التي بدأنا(٥١) بها حتى يصل إلى كل واحد منهم ما أدى بالحمالة ويعتدلوا فيما أدوه من أصل الحق، ثم أذكر ـ إن شاء الله ـ حكم التراجع بينهم ـ مفسراً إذا التقوا على الرتبة التي ذكرنا أن التراجع ينقضي بينهم بخمس عشرة لقية. مع ألا يلتقي منهم أكثر من إثنين معاً ـ إن شاء الله، ولا قوة إلا بالله.

---

(٤٧) وأغرم: ح ٢ ق ٢ هـ، أو غرم: ت.

(٤٨) رجع: ح ٢ ق ٢ هـ، يرجع: ت.

(٤٩) انتقصه: ت هـ، انتقضه: ح ٢ ق ٢ ـ وهو تحريف.

(٥٠) وهو واحد منهم: ح ٢، منهم واحد: ت هـ، وهي ساقطة في ق ٢.

(٥١) بدأنا بها: ق ٢، ابتدأتها: ت هـ، بدأتها: ح ٢.

فصل في المسألة

وهي رجل باع سلعة من ستة رجال بستمائة درهم ـ على أن كل واحد منهم حميل عن أصحابه بجميعها، وشرط أن يأخذ[٥٢] منهم من شاء بجميع حقه، فإن وجد البائع أحدهم، كان له أن يأخذ منه الستمائة كلها لأن المائة الواحدة منها واجبة عليه من أصل الحق، والخمسمائة يأخذها منه بالحمالة عن أصحابه الخمسة الباقين، فإن أخذها منه ثم لقي الذي أخذت منه أحد الخمسة الباقين، فإنه يرجع عليه بثلاثمائة، لأنه يقول له أديت أنا ستمائة، فمائة منها واجبة علي لا أرجع بها على أحد، والخمسمائة الباقية أديتها عنك وعن أصحابك الأربعة الباقين مائة، مائة عن كل واحد منكم، فادفع إليّ المائة التي أديت عنك في خاصتك ونصف ما أديت عن أصحابك بالحمالة، وذلك مائتان لأنك حميل معي بهم، فيأخذ منه ثلاثمائة، فيستويان فيما غرما عن أنفسهما وبالحمالة عن أصحابهما.

فصــل

فإن لقي الثاني المأخوذ منه الثلاثمائة الثالث من الخمسة الباقين، فإنه يرجع عليه بمائة وخمسة وعشرين؛ لأنه يقول له أديت أنا ثلثمائة المائة الواحدة منها عن نفسي لا أرجع بها على أحد، والمائتان الباقيتان عنك وعن أصحابك الثلاثة الغيبة الباقين خمسون، خمسون عن كل واحد منكم؛ فادفع إليّ الخمسين التي أديت عنك في خاصتك، وخمسة وسبعين نصف المائة والخمسين التي أديت عن أصحابك بالحمالة! لأنك حميل معي بهم[٥٣] هذا كله بين لا إشكال فيه في الكتاب، ثم قال فيه وكذلك إذا لقي الرابع المأخوذ منه المال ـ الثالث من الباقين، فإنه يأخذه بما أدى عنه من أصل الدين، وبنصف ما أدى عن أصحابه؛ وهو كلام فيه احتمال يفتقر إلى بيان، ومراده به أن الثالث من الغارمين المأخوذ منه مائة وخمسة وعشرين، لقي أحد[٥٤] الثلاثة الباقين وسماه رابعاً لأنه رابع الباقين فيرجع

---

(٥٢) أن يأخذ: ت ح ٢ هـ، أخذ: ق ٢.

(٥٣) كلمة (بهم) ساقطة في ق ٢ هـ، ثابتة في ت ح ٢.

(٥٤) كلمة (أحد) ساقطة في ح ٢.

عليهم بخمسين، لأنه يقول له[٥٥] أديت أنا مائة وخمسة وعشرين، خمسون منها عن نفسي من المائة الواجبة علي من أصل الحق لا أرجع بها على أحد، وخمسة وسبعون بالحمالة عنك وعن صاحبيك الغائبين خمسة وعشرون عن كل واحد منكم؛ فادفع إليّ الخمسة والعشرين التي أديت عنك في خاصتك، وخمسة وعشرين نصف الخمسين التي أديت عن صاحبيك بالحمالة، لأنك حميل معي بهما، فيأخذ منه الخمسين.

فصــل

ثم قال في الكتاب: فإن لقي الرابع الآخر من الأولين الذي لم يرجع على الرابع بشيء - يريد أن الأول الذي غرم الستمائة ورجع منها على الثاني بثلثمائة، لقي الثالث الذي رجع عليه الثاني بمائة وخمسة وعشرين ولم يرجع هو بعد عليه بشيء، ويريد أنه لقيه قبل أن يرجع هو على الرابع بالخمسين وسماه في الكتاب رابعاً لأن الباقين ثلاثة فهو رابعهم - وهو ثالث الغارمين فيرجع عليه بما أدى عنه من أصل الدين وذلك خمسون درهماً، وينظر فيما بقي مما أداه بالحمالة عنه، فإذا هو مائة وخمسون درهماً وقد أدى الرابع بالحمالة خمسة وسبعين درهماً، فيرجع عليه الذي أدى خمسين ومائة - بسبعة وثلاثين ونصف حتى يعتدلا فيما أدياه بالحمالة عن الثلاثة، فيصير كل واحد منهما قد أدى مائة واثنى عشر ونصفاً، يريد أن الأول والثالث اللذين التقيا هما اللذان اعتدلا فيما غرما بالحمالة؛ وأما الثاني فإنما أدى بالحمالة خمسة وسبعين، لأن الأول كان رجع عليه بثلاثمائة فرجع هو منها على الثالث بمائة وخمسة وعشرين على ما بيناه؛ فبقي له مما أدى عن الثلاثة بالحمالة خمسة وسبعون، لأن المائة منها واجبة عليه في خاصته لم يؤدها بالحمالة، فيرجع الأول والثالث على هذا الثاني بخمسة وعشرين: اثني عشر ونصف لكل واحد منهما. إن لقياه معاً، فيصير الأول والثاني والثالث قد أدى كل واحد منهم بالحمالة عن الثلاثة الباقين مائـة مائة، وعن أنفسهم مائة مائة، فاعتدلوا في ذلك بمنزلة أن لو لقياه معاً؛ ألا ترى أن الأول والثاني اللذين غرما الثلاثمائة لو لقيا الثالث معاً،

---

(٥٥) كلمة (له) ساقطة في ح ٢.

لرجعا عليه بمائة، مائة[٥٦]؛ لأنهما كانا يقولان له قد أدينا ستمائة منها[٥٧] عن[٥٨] أنفسنا مائتان في خاصتنا والأربعمائة عنك وعن أصحابك الثلاثة ـ مائة، مائة عن كل واحد منكم[٥٩] فادفع إلينا المائة التي أدينا عنك وثلث الثلاثمائة التي أديناها عن أصحابك الثلاثة لأنك حميل معنا بهم؛ فعليك ثلثها فيأخذان منه المائتين ويقتسمانها بينهما بنصفين[٦٠] وهذه الزيادة في هذا الوجه سكت عنها في المدونة ولم يذكرها فيها وبها تتم.

فصـــل

فهذا ما ذكره في المدونة من وجوه هذه المسألة مشروحاً مبيناً، ولو كان إنما لقي الأول الثالث بعد أن رجع على الرابع بالخمسين على ما نزلناه، لوجب أن يرجع عليه بمائة واثني عشر ونصف، وتفسير ذلك أنه كان يقول له غرمت أنا ثلثمائة، لأني رجعت من الستمائة التي غرمتها بثلاثمائة، مائة منها علي من أصل الدين لا أرجع بها على أحد، والمائتان غرمتهما بالحمالة خمسون عنك ومائة وخمسون بالحمالة عن أصحابك، فادفع إليّ الخمسين التي غرمت عنك من أصل الدين، ونصف ما غرمت بالحمالة ـ زائداً على ما غرمت أنت وذلك اثنان وستون ونصف؛ لأني غرمت أنا مائة وخمسين بالحمالة وغرمت أنت بها خمسة وعشرين؛ لأن الخمسة والسبعين التي غرمت بالحمالة للثاني قد رجعت منها على الرابع بالخمسين، فأسقط الخمسة وعشرين التي غرمت أنت من المائة والخمسين التي غرمت أنا، تبقى مائة وخمسة وعشرون، فادفع إليّ نصفها ـ وذلك اثنان وستون ونصف، فإذا دفع ذلك إليه، اعتدلا بما غرما بالحمالة ومن أصل الدين.

فصـــل

فإن لقيا جميعاً الثاني الذي أخذ منه الأول ثلاثمائة ورجع هو على الثالث

---

(٥٦) كلمة (مائة) ساقطة في ق ٢، ثابتة في ت ح ٢ هـ.
(٥٧) منها: ت ح ٢ هـ، منهما: ق ٢.
(٥٨) عن: ح ٢ ق ٢ هـ، على: ت.
(٥٩) منكم: ح ٢ ق ٢ هـ، منهم: ت.
(٦٠) بنصفين: ح ٢ ق ٢، نصفين: ت هـ.

بمائة وخمسة وعشرين رجعا عليه بأربعة وسدس أربعة وسدس فيعتدلون ثلاثتهم فيما غرموا بالحمالة، وذلك أن الأول والثالث غرما بالحمالة على هذا مائة وخمسة وسبعين ـ سبعة وثمانين ونصفا، كل واحد منهما، وغرم الثاني بالحمالة خمسة وسبعين؛ فإذا رجعا عليه بأربعة وسدس أربعة وسدس، اعتدلوا ثلاثتهم فيما غرموا[٦١] بالحمالة وكان كل واحد منهم قد أدى بها ثلاثة وثمانين وثلثا.

فصـــل

فإن لقي الرابع المأخوذ منه خمسون أحد الاثنين الباقيين رجع عليه على هذا الترتيب بثمانية عشر وثلاثة أرباع، لأنه يقول له غرمت أنا خمسين خمسة وعشرون منها واجبة عليّ لا أرجع[٦٢] بها على أحد، وخمسة وعشرون بالحمالة عنك وعن صاحبك الغائب، الباقي اثنا عشر ونصف ـ على كل واحد منكما، فادفع إليّ الاثني عشر ونصفاً التي أديت عنك في خاصتك وستة وربعا نصف الاثني عشر ونصف[٦٣] عن صاحبك الغائب بالحمالة، لأنك حميل معي به، فيأخذ منه ثمانية عشر وثلاثة أرباع على ما قلناه.

فصـــل

وإن لقي هذا الخامس المأخوذ منه ثمانية عشر وثلاثة أرباع الباقي من الستة، رجع عليه بستة وربع التي أدى عنه لا غير؛ لأن الاثني عشر ونصفا إنما أداها عن نفسه فلا يرجع بها على أحد، وهذه الثلاثة الأوجه لم يذكرها في الكتاب، وعلى هذا القياس والعمل، يرجع الأول والثاني والثالث على الرابع وعلى الخامس وعلى السادس بما أدوا عنه مما يجب عليهم في خاصتهم، وبما يجب عليهم مما أدوه عن أصحابهم بالحمالة، لقوهم مفترقين أو مجتمعين حتى يستووا فيما أدوا، فيكون كل واحد منهم قد أدى بمائة كما وجب عليه من أصل الدين.

---

(٦١) غرموا بالحمالة: ح ٢ ق ٢ هـ، غرموا له ـ بزيادة (له): ت.

(٦٢) من هنا إلى قوله (. . فيستوفي بذلك جميع حقه الذي أدى بالحمالة) ـ وهو نحو خمس صفحات ـ ساقط في ت.

(٦٣) عبارة (عنك في خاصتك. . عشر ونصف)، ساقطة في ق ٢.

فصـــل

فإن لقي الأول والثاني والثالث معاً بعد أن استووا في الغرم على ما رتبناه ـ الرابع الذي غرم خمسين ورجع منها على الخامس بثمانية عشر وثلاثة أرباع، فإنهم يرجعون عليه بمائة وأربعة عشر ونصف ثمن، لأنهم يقولون له أدينا نحن خمسمائة وخمسين كل واحد منا مائة وثلاثة وثمانين وثلثا، وأديت أنت إحدى وثلاثين وربعا والواجب عليك ربع الجميع؛ لأنك رابعنا وذلك مائة وخمسة وأربعون وثمنان ونصف ثمن، أديت من ذلك إحدى وثلاثين وربعا، فبقي لنا عليك مائة وأربعة عشر ونصف ثمن، يأخذونها منه فيقتسمونها بينهم ثلاثتهم، فيجب لكل واحد منهم منها ثمانية وثلاثون وسدس ثمن، فيكون كل واحد منهم قد أدى مائة وخمسة وأربعين وثمنين ونصف ثمن، كما أدى هو؛ ولو لقوه مفترقين واحداً بعد واحد، لرجع كل واحد منهم عليه بما أدى عنه بالحمالة في خاصته، وبنصف ما أدى عن صاحبيه الغائبين بعد أن يسقط من ذلك ما أدى هو أيضاً بالحمالة على ما بيناه فيما تقدم؛ فإذا التقوا ثلاثتهم، رجع بعضهم على بعض حتى يعتدلوا فيما أدوه، بمنزلة أن لو لقوه ثلاثتهم معاً على ما فسرناه.

فصـــل

فإن لقي[٦٤] الأول والثاني والثالث والرابع معاً بعد أن استووا في الغرم فصار على[٦٥] كل واحد منهم مائة[٦٦] وخمسة وأربعون وثمنان ونصف ثمن الخامس الذي رجع عليه الرابع بثمانية عشر وثلاثة أرباع، فرجع هو[٦٧] منها على السادس بستة وربع، فإنهم يرجعون عليه بمائة وستة وخمس وربع[٦٨] خمس يقتسمون ذلك فيما بينهم أربعتهم فيجب لكل واحد منهم ستة وعشرون وخمسان وثلاثة أرباع

(٦٤) جملة (فإن لقي) ساقطة في ق ٢.

(٦٥) كلمة (على) ساقطة كذلك في ق ٢.

(٦٦) من هذا إلى قوله (وخمسة وأربعون وثمنان) ـ وهو نحو صفحة كاملة ـ ساقط في ح ٢.

(٦٧) كلمة (هو) ساقطة في هـ.

(٦٨) وخمس وربع خمس: ق ٢، وخمسين: هـ.

الخمس وربع ربع الخمس، فيسقط ذلك من المائة والخمسة والأربعين والثمنين والنصف الثمن الذي أدى، فيكون الباقي الذي أدى كل واحد منهم مائة وثمانية عشر وثلاثة أخماس وثلاثة أرباع الخمس ـ كما أدى هو؛ لأنه أدى إليهم مائة وستة وخمساً وربع خمس؛ وكان قد أدى اثني عشر ونصفاً ـ للرابع كما وصفناه، فالجميع مائة وثمانية عشر وثلاثة أخماس، وثلاثة أرباع الخمس؛ كما أدى كل واحد منهم؛ ولو لقوه مفترقين واحداً بعد واحد، لرجع كل واحد منهم عليه بما أدى عنه بالحمالة في خاصته وبنصف ما أدى عن صاحبه الغائب؛ لأنه حميل معه به بعد[69] أن يسقط من ذلك ما أدى هو أيضاً بالحمالة على ما بيناه فيما تقدم؛ فإذا التقوا أربعتهم رجع بعضهم على بعض حتى يعتدلوا فيما أدوه، بمنزلة أن لو لقوه أربعتهم، رجع بعضهم على بعض حتى يعتدلوا فيما أدوه بمنزلة أن لو لقوه أربعتهم معاً على ما فسرناه.

فصــل

فإن لقي الأول والثاني والثالث والرابع والخامس معاً بعد أن استووا، في الغرم، فصار على كل واحد منهم مائة وثمانية عشرة وثلاثة أخماس وثلاثة أرباع الخمس على ما وصفناه ـ السادس الذي رجع عليه الخامس بستة وربع، فإنهم يرجعون عليه بثلاثة وتسعين وثلاثة أرباع، فيقتسمونها بينهم خمستهم بالسواء، فيصير لكل واحد منهم ثمانية عشر وثلاثة أخماس وثلاثة أرباع الخمس وقد كان أدى مائـة[70] وثمانية عشر وثلاثة أخماس، وثلاثة أرباع الخمس. فيصير الذي أدى كل واحد منهم مائة، مائة ـ كما وجب عليهم من أصل الدين، وقد كان السادس أدى أيضاً إلى الخامس ستة وربعا، فصار ذلك بالثلاثة والتسعين والثلاثة الأرباع التي أدى الآن إلى جميعهم ـ مائة كما وجب عليه من أصل الدين فاعتدل جميعهم في الغرم، ولو لقوه مفترقين ـ واحداً بعد واحد، لرجع كل واحد منهم عليه بما أدى عنه من أصل الدين، وبنصف ما أدى عنه بالحمالة؛ فإذا التقوا

(٦٩) كلمة (بعد) ساقطة في ق ٢.

(٧٠) مائة: ق ٢، المائة: هـ.

هم[71] خمستهم رجع بعضهم على بعض حتى يعتدلوا فيما أدوه، فيكون كل واحد منهم أيضاً قد أدى مائة كما وجب عليه من أصل الدين بمنزلة أن لو لقوه معاً على ما صورناه.

فصل في تفسير المسألة على الرتبة التي ذكرنا

وهي أن يلقى الأول الذي غرم جميع المال أو أكثر مما يجب عليه منه ـ الثاني، ثم الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس، ثم السادس، فيستوفي بذلك أيضاً[72] ـ جميع ما أداه[73] بالحمالة؛ ثم يلقى الثاني الذي رجع عليه الأول ـ الثالث ثم الرابع ثم الخامس ثم السادس فيستوفي بذلك أيضاً جميع ما أداه بالحمالة؛ ثم يلقى الثالث الذي رجع عليه الأول والثاني ـ الرابع، ثم الخامس، ثم السادس، فيستوفي بذلك أيضاً ما أداه بالحمالة؛ ثم يلقى الخامس الذي رجع عليه الأول والثاني والثالث والرابع ـ السادس فيستوفي أيضاً ما أداه بالحمالة؛ ووجه العمل في ذلك إذا لقي المأخوذ منه الستمائة الثاني من أصحابه أن يرجع عليه بثلاثمائة، لأنه يقول له أديت أنا ستمائة منها مائة واجبة علي من أصل الدين، والخمسمائة أديتها بالحمالة عنك وعن أصحابك الأربعة الغائبين مائة، مائة، عن كل واحد منكم[74] فادفع إليّ المائة التي أديت عنك ونصف الأربعمائة التي أديتها عن أصحابك، لأنك حميل معي بهم؛ فإذا رجع عليه بذلك استويا فيما غرما عن أنفسهما، وبالحمالة عن أصحابهما، وهذا الوجه في المدونة مشروحاً مبيناً.

فصـــل

ثم إن لقي أيضاً الثالث رجع عليه بمائة وخمسة وعشرين؛ لأنه يقول له بقي لي مما أديت ثلاثمائة منها مائة واجبة علي من أصل الدين، والمائتان أديتهما بالحمالة عنك وعن أصحابك الثلاثة الغائبين ـ خمسين، خمسين عن كل واحد

---

(71) كلمة (هم) ساقطة في ح ٢.
(72) كلمة (أيضاً) ساقطة في ح ٢.
(73) أداه: ق ٢، أدى: ح ٢.
(74) منكم: ح ٢ ق ٢، منهم: هـ.

منكم، فادفع إليّ الخمسين التي أديت عنك، ونصف المائة وخمسين التي أديت عن أصحابك، لأنك حميل معي بهم، فإذا رجع بذلك عليه، بقي له مما أدى مائة وخمسة وسبعون.

فصل

ثم إن لقي أيضاً الرابع رجع عليه بخمسين؛ لأنه يقول له بقي لي مما أديت بالحمالة خمسة وسبعون أديتها عنك وعن صاحبيك الغائبين خمسة وعشرين؛ خمسة وعشرين[75] ـ عن كل واحد منكم؛ فادفع إليّ الخمسة والعشرين[76] التي أديت عنك، ونصف الخمسين التي أديت عن صاحبيك بالحمالة، لأنك حميل معي بهما، فإذا رجع عليه بذلك، بقي له مما أدى بالحمالة خمسة وعشرون.

فصل

ثم إن لقي الخامس رجع عليه بثمانية عشر وثلاثة أرباع، لأنه يقول له بقي لي مما أديت بالحمالة خمسة وعشرون أديتها عنك وعن صاحبك الغائب اثنى عشر ونصف، اثنى عشر ونصف ـ عن كل واحد منكما، فادفع إليّ الاثني عشر ونصف التي أديت عنك في خاصتك، ونصف[77] الاثني عشر ونصف التي أديت عن صاحبك الغائب لأنك حميل معي به فإذا رجع عليه بذلك، بقي له مما أدى بالحمالة ستة وربع يرجع بها على السادس إذا لقيه فيستوفي بذلك جميع حقه الذي أدى بالحمالة.

فصل

فإن لقي الثاني الذي رجع عليه الأول بثلاثمائة ـ الثالث الذي رجع عليه الأول بمائة وخمسة وعشرين، رجع عليه بسبعة وثمانين ونصف، لأنه يقول له أديت للأول ثلاثمائة منها مائة واجبة علي لا أرجع بها على أحد، والمائتان أديتهما إليه

---

(٧٥) جملة (خمسة وعشرين) ـ الثانية: ساقطة في ق ٢.

(٧٦) والعشرين: ح ٢، وعشرين: ق ٢.

(٧٧) ونصف الاثني عشر: ح ٢ هـ، والاثني عشر ـ بإسقاط (ونصف): ق ٢.

بالحمالة خمسون عنك ومائة وخمسون عن أصحابك الثلاثة الغائبين[٧٨]، وقد أديت أنت بالحمالة إلى الأول خمسة وسبعين فادفع إليّ الخمسين التي أديت عنك ونصف ما بقي من المائة والخمسين التي أديت عن أصحابك بالحمالة بعد طرح الخمسة والسبعين التي أديتها أنت بالحمالة[٧٩] من ذلك وذلك سبعة وثلاثون ونصف؛ فإذا رجع عليه بذلك بقي له مما أدى بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف.

فصـــل

ثم إن لقي أيضاً الرابع الذي رجع عليه الأول بخمسين، رجع عليه باثنين وستين ونصف؛ لأنه يقول له بقي لي مما أديت بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف، أديتها عنك وعن صاحبيك[٨٠] الغائبين سبعة وثلاثون ونصف عنك وخمسة وسبعون عن صاحبيك الغائبين، وقد أديت أنت بالحمالة إلى الأول خمسة وعشرين، فادفع إليّ السبعة والثلاثين ونصفا التي أديت عنك ونصف ما بقي من الخمسة والسبعين التي أديت بالحمالة عن صاحبيك بعد طرح الخمسة والعشرين التي[٨١] أديتها أنت إلى الأول بالحمالة، وذلك خمسة وعشرون فجميع ذلك اثنان وستون ونصف ـ كما قلناه، فإذا رجع عليه بذلك بقي له مما أدى بالحمالة خمسون.

فصـــل

ثم إن لقي أيضاً الخامس الذي رجع عليه الأول بثمانية عشر وثلاثة أرباع، رجع عليه بأربع وثلاثين وثلاثة أثمان؛ لأنه يقول له بقي لي مما أديت بالحمالة خمسون أديت نصفها عنك ونصفها عن صاحبك الغائب بالحمالة، وقد أديت أنت بالحمالة إلى الأول ستة وربعا، فادفع إليّ الخمسة والعشرين التي أديت عنك ونصف ما بقي من الخمسة والعشرين التي أديت عن صاحبك بعد طرح الستة وربع

---

(٧٨) الغائبين: ح ٢، الغيب: ق ٢ هـ.

(٧٩) عبارة (بعد طرح. . أنت بالحمالة): ساقطة في ق ٢.

(٨٠) صاحبيك: ق ٢ هـ، أصحابك: ت ح ٢.

(٨١) كلمة (التي) ساقطة في ق ٢.

التي أديتها أنت[٨٢] بالحمالة إلى الأول من ذلك وذلك تسعة وثلاثة أثمان، فجميع ذلك أربع وثلاثون وثلاثة أثمان[٨٣] ـ كما قلناه؛ فإذا رجع عليه بذلك، بقي له مما أدى بالحمالة خمسة عشر وخمسة أثمان يرجع بها على السادس الذي رجع عليه الأول بستة وربع إذا لقيه، فيستوفي بذلك جميع حقه الذي أدى بالحمالة عنهم[٨٤].

فصــل

فإذا لقي الثالث الذي رجع عليه الأول بمائة وخمسة وعشرين ورجع عليه الثاني بسبعة وثمانين ونصف ـ الرابع الذي رجع عليه الأول بخمسين، والثاني باثنين وستين ونصف[٨٥]، رجع عليه بخمسين؛ لأنه يقول له تحمل فيما أديت للأول والثاني مائتان واثنا عشر ونصف منها مائة عن نفسي لا أرجع بها على أحد، والمائة والاثنا عشر ونصف أديتها عنك وعن صاحبيك الغائبين، سبعة وثلاثون ونصف عنك وخمسة وسبعون عن صاحبيك، وقد أديت أنت بالحمالة للأول خمسة وعشرين، وللثاني خمسة وعشرين، فادفع إليّ السبعة والثلاثين ونصفا التي أديت عنك في خاصتك، ونصف ما بقي من الخمسة والسبعين التي أديتها عن صاحبيك بالحمالة؛ إذا طرحت منها الخمسين التي أديتها أنت بالحمالة أيضاً ـ وذلك اثنا عشر ونصف فيصير ذلك خمسين[٨٦] على ما قلناه؛ فإذا رجع عليه بذلك، بقي له مما أدى بالحمالة اثنان وستون ونصف.

فصــل

فإن[٨٧] لقي الخامس الذي رجع عليه الأول بثمانية عشر وثلاثة أرباع،

---

(٨٢) أنت بالحمالة: ح ٢ هـ، عنك: ق ٢.
(٨٣) عبارة (فجميع ذلك.. وثلاثة أثمان) ساقطة في ق ٢.
(٨٤) عنهم: ح ٢ ق ٢ هـ، عنه: ت.
(٨٥) عبارة (الرابع الذي.. وستين ونصف) ساقطة في ق ٢.
(٨٦) ثبت في سائر النسخ (خمسون) ـ وهو تصحيف ظاهر والصواب ما أثبته.
(٨٧) فإن: ح ٢ ق ٢ هـ، فإذا: ت.

ورجع عليه الثاني بأربعة وثلاثين وثلاثة أثمان، رجع عليه بتسعة وثلاثين ونصف ثمن، لأنه يقول له بقي لي مما أديت[88] بالحمالة اثنان وستون ونصف، أديتها عنك وعن صاحبك الغائب. أحد وثلاثون وربع عنك وأحد وثلاثون وربع عن صاحبك الغائب بالحمالة ـ وقد أديت أنت بالحمالة للأول ستة وربعا، وللثاني تسعة وثلاثة[89] أثمان، فادفع إليّ الأحد والثلاثين وربعا التي أديت عنك في خاصتك، ونصف ما بقي من الأحد والثلاثين وربع التي أديت عن صاحبك[90] بالحمالة إذا طرحت منها الخمسة عشر والخمسة الأثمان التي تحملت فيما أديت أنت بالحمالة للأول والثاني وذلك سبعة وستة أثمان ونصف ثمن فيصير ذلك تسعة وثلاثين ونصف ثمن على ما قلناه؛ فإذا رجع عليه بذلك بقي له مما أدى بالحمالة ثلاثة وعشرون وثلاثة أثمان ونصف ثمن يرجع بها على السادس الذي رجع عليه الأول بستة وربع والثاني بخمسة عشر وخمسة أثمان، إذا لقيه فيستوفي بذلك جميع حقه الذي أدى بالحمالة عنهم أجمعين.

فصل

فإن لقي الرابع الذي رجع عليه الأول بخمسين، ورجع عليه الثاني باثنين وستين ونصف، والثالث بخمسين ـ الخامس الذي رجع عليه الأول بثمانية عشر وثلاثة أرباع، والثاني بأربعة وثلاثين وثلاثة أثمان، والثالث بتسعة وثلاثين ونصف ثمن، رجع عليه بخمسة وثلاثين وثمن وربع ثمن؛ لأنه يقول تحمل فيما أديت للأول والثاني والثالث مائة واثنان وستون ونصف، منها مائة عن نفسي لا أرجع بها على أحد، والاثنان وستون ونصف أديتها بالحمالة عنك وعن صاحبك الغائب أحد وثلاثون وربع عنك، وأحد وثلاثون وربع عن صاحبك بالحمالة وقد أديت أنت بها للأول ستة وربعاً، وللثاني تسعة وثلاثة أثمان، وللثالث سبعة وستة أثمان ونصف ثمن، تحمل في ذلك ثلاثة وعشرون وثلاثة أثمان ونصف ثمن، فادفع إليّ الأحد

(88) أديت: ح ٢ ق ٢ هـ، أديته: ت.
(89) تسعة وثلاثة أثمان: ت ح ٢ هـ، تسعة وثلاثين وثلاثة أثمان: ق ٢.
(90) صاحبك بالحمالة: ح ٢ ق ٢ هـ، صاحبك الغائب بالحمالة: ت.

والثلاثين والربع التي أديت عنك في خاصتك، ونصف مما بقي مما أديت بالحمالة - إذا طرحت منها الثلاثة والعشرين والثلاثة الأثمان ونصف الثمن التي أديت أنت بها وذلك ثلاثة وسبعة أثمان وربع ثمن فيصير ذلك خمسة وثلاثين وثمناً وربع ثمن كما قلناه؛ فإذا رجع عليه بذلك بقي له مما أدى بالحمالة سبعة وعشرون وثمنان وثلاثة أرباع الثمن، يرجع بها على السادس إذا لقيه، فيستوفي جميع حقه الذي أدى بالحمالة عنهم أجمعين.

فصــل

فإن لقي الخامس الذي رجعَ عليه الأول بثمانية عشر وثلاثة أرباع والثاني بأربعة وثلاثين وثلاثة أثمان والثالث بتسعة وثلاثين ونصف ثمن والرابع بخمسة وثلاثين وثمن وربع ثمن - السادس الذي رجع عليه الأول بستة وثمن، والثاني بخمسة عشر وخمسة أثمان، والثالث بثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن والرابع بسبعة وعشرين وثمنين وثلاثة أرباع ثمن، رجع عليه بسبعة وعشرين وثمنين وثلاثة أرباع ثمن، لأنه يقول له تحمل فيما أديت للأول والثاني والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرون وثمنـان وثلاثة أرباع ثمن، مائة منها واجبة عليّ لا أرتجع بها على أحد، والسبعة والعشرون والثمنان وثلاثة أرباع الثمن، أديتها بالحمالة عنك؛ فادفعها إليّ؛ فإذا رجع عليه بذلك استوفى جميع حقه الذي أدى بالحمالة عنهم أجمعين؛ وكان هذا السادس إذا رجع عليه بهذا العدد قد غرم مائة كاملة كما وجب عليه من أصل الدين وكما غرم كل واحد منهم؛ لأنه غرم للأول ستة وربعا، وللثاني خمسة عشر وخمسة أثمان، وللثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن، وللرابع سبعة وعشرين وثمنين وثلاثة أرباع الثمن وللخامس سبعة وعشرين وثمنين، وثلاثة أرباع الثمن[٩١]. فصار جميع ذلك مائة - كما قلناه؛ فقد أتينا بحمد الله على ما شرطنا من شرح المسألة على الوجهين المذكورين، فمن فهم ذلك ووقف على معناه، لم يلتبس عليه وجه العمل فيها على أي رتبة التقوا عليها - وهي كثيرة يعسر إحصاؤها، ويطول استقصاؤها؛ وقد كان أكثر الشيوخ - رحمهم الله - لا يقرّونها

---

(٩١) عبارة (وللخامس سبعة. . وثلاثة أرباع الثمن) ساقطة في ق ٢.

ويقولون ـ اعتذاراً في ترك قراءتها ـ : إنها[٩٢] مسألة حساب فلا معنى للاشتغال بها، وليس ذلك كما كانوا يقولون؛ إنما انغلاقها من جهة الفقه لا من جهة الحساب؛ فمن فهمها من جهة الفقه لم يلتبس عليه شيء منها من طريق الحساب ولا من المسألتين الواقعتين بعدها[٩٣] في الباب ـ وهما إذا اشترط صاحب الدين أن كل اثنين منهم حميل بجميع المال أوكل ثلاثة حميل بجميع المال، فلذلك عُنيت بشرحها وتفسيرها، والتوفيق بيد الله[٩٤] لا شريك له ولا معبود سواه.

فصــل

وقد وقع في الكتاب في آخر مسألة الثلاثة نفر الذين اشتروا السلعة على أن كل واحد منهم حميل بما على صاحبه كلام فيه إشكال يفتقر إلى بيان ونص ما لا إشكال فيه منها: قال: وسألت ابن القاسم عن ثلاثة نفر اشتروا سلعة من رجل وكتب عليهم أيُهم شئت أخذت بحقي وكل واحد منهم حميل بما على صاحبه، فمات أحد الثلاثة فادعى ورثة الهالك أنه قد دفع المال كله إلى بائع السلعة وأقاموا شاهداً، قال: يحلفون مع شاهدهم ويبرأون ويرجعون على الشريكين الباقيين بما أدى صاحبهم عنهما؛ وأما قوله: قلت فإن أبى الورثة أن يحلفوا إلى آخر قوله، ففيه إشكال؛ وبيانه أن الورثة إذا نكلوا عن اليمين مع شاهدهم، فإن الأمر لا يخلـو من أن يكون الميت ملياً أو معدماً؛ فأما إن كان الميت ملياً فإن الأمر لا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يصدق الشريكان الورثة فيما ادعوا من أن الميت دفع جميع الحق من ماله إلى البائع عن نفسه وعنهما ليرجع عنهما بما ينوبهما منه.

والثاني: أن يقولا إنما جميع ذلك من أموالنا بوكالتنا إياه على ذلك.

والثالث: أن يقولا إنما دفع ذلك من ماله إلى البائع ـ وأموالنا إذ كنا قد دفعنا إليه ما ينوبه منه وكلناه على دفعه عنا.

(٩٢) أنها: ح ٢ ق ٢، إنما هي: ت هـ.

(٩٣) سقطت كلمة (بعدها) في ق ٢.

(٩٤) بيد الله: ق ٢ هـ، من الله: ت، وبالله التوفيق: هـ.

فأما الوجه الأول وهو أن يصدق الشركان الورثة فيما ادعوا من أن الميت دفع جميع الحق من ماله، إلى البائع عن نفسه وعنهما ليرجع عليهما بما ينوبهما منه، فيرجع اليمين على البائع فيحلف على تكذيب ما شهد به الشاهد، ويرجع بجميع حقه فيأخذ ثلثيه من الشريكين وثلثه من مال المتوفى، وليس للورثة أن يرجعوا على الشريكين بما ينوبهما من المال الذي أقرا أن موروثهم أداه على ما شهد به الشاهد ـ وإن كانا قد صدقاه في شهادته بذلك، لأن الميت ضيع في تركه الإشهاد، فالمصيبة منه؛ قال ابن أبي زيد ـ رحمه الله ـ إلا أن يكون الدفع بحضرتهما، فيكون لهم الرجوع بذلك عليهما، وذلك على ما روي أبو زيد عن ابن القاسم، خلاف ما روى عنه عيسى من أنه لا رجوع لهم عليهما وإن كان الدفع بحضرتهما، قال في هذا الوجه في الكتاب ولا يحلف الشريكان لأنهما يغرمان، فأما قوله إنهما لا يحلفان فصواب، لأن الشاهد ليس هو لهما وإنما هو للورثة عليهما، وأما قوله لأنهما يغرمان فتعليل فيه نظر يوهم أنه أراد أنهما لا يحلفان، لأنهما إن حلفا غرما للورثة؛ وإن لم يحلفا غرما للبائع: ولذلك لم يحلفا. ولو كان مراده ذلك، لكان من حقهما أن يحلفا إن شاءا ليسقطا طلب البائع عنهما لما قد يرجوان من مسامحة الورثة لهما في الاقتضاء ولا يصح أن يكون مراده ذلك، لما بيناه من أنه لا رجوع للورثة عليهما بما ينوبهما مما أدى الميت عنهما من ماله وإن صدقاه على الدفع إلا أن يقرا أنه كان بحضرتهما على إحدى الروايتين المذكورتين عن ابن القاسم، وإنما كان يجب أن يقول ولا يحلف الشريكان ويغرمان للبائع، فإن نكل البائع في هذا الوجه عن اليمين بعد نكول الورثة، سقط حقه ورجع الورثة على الشريكين بماينوبهما من الحق.

وأما الوجه الثاني ـ وهو أن يقولا إنما دفع جميع ذلك من أموالنا بوكالتنا إياه على ذلك، ففي ذلك بين المتأخرين اختلاف: قال ابن أبي زيد يحلف الشريكان لقد دفع الميت ذلك ويبرآن ويرجع البائع على الورثة بما ينوبهم بنكولهم بعد يمينه أنه ما قبض من وليهم شيئاً، وللشريكين أن يحلفا الورثة إن كانوا كباراً: ما يعلمون أنهما دفعا إلى وليهم شيئاً، فإن نكلوا عن اليمين حلفا لقد دفعا جميع الحق إليه، ورجعا عليهم بالثلث الذي ينوبهم منه؛ وذهب أبو إسحاق التونسي إلى أن البائع يحلف فيأخذ من جميعهم ماله ويحلف الورثة للشريكين أنهم ما يعلمون أنهما دفعا

إلى وليهم شيئاً، فإن نكلوا عن اليمين، حلف الشريكان لقد دفعا ذلك إليه ورجعا عليهم في التركة بما ينوب الميت من ذلك؛ قال: ولا يكون للشريكين أن يحلفا لقد دفع الميت ذلك من أموالهما ويبرآن، لأن ما في يد الميت على ملكه حتى يثبت الدفع إليه، وذهب بعض الأندلسيين إلى أن الشريكين يحلفان لقد دفع الميت ذلك من أموالهما ويبرآن ويرجعان على الورثة بما ينوبهما منه إذا[٩٥] لم يحلفوا فهذه ثلاثة أقوال في هذا الوجه:

أحدها: أن الشريكين يحلفان، ويبرآن من نصيبهما، ولا[٩٦] يرجعان على الورثة بما ينوبهما.

والثاني: أنهما يحلفان ويبرآن من نصيبهما ويرجعان على الورثة بما ينوبهما.

والثالث: أنهما لا يمكنان من اليمين.

والذي يوجبه النظر ـ عندي ـ إذا لم يكن للشريكين بينة على ما ادعيا من دفع المال إلى الميت ولا شهد بذلك الشاهدان، يقال للورثة احلفوا أنكم ما تعلمون أنهما دفعا إليه شيئاً، فإن حلفوا على ذلك لم يمكن الشريكان من اليمين، وحلف البائع لنكول الورثة ورجع عليهما وعلى الورثة بحقه؛ وإن نكلوا عن اليمين، حلف الشريكان لقد دفعا ذلك إليه ولقد دفع هو ذلك إلى البائع وبرئا من نصيبهما ورجعا على الورثة بما ينوبهما.

وأما الوجه الثالث ـ وهو أن يقولا إنما دفع ذلك إلى البائع من ماله وأموالنا، ففي قول ابن أبي زيد يحلف الشريكان ويبرآن ويحلف البائع ويرجع على الورثة بما ينوبه من ذلك، وعلى ما ذهب إليه أبو إسحاق التونسي لا يمكن الشريكان من اليمين، ويحلف البائع ويرجع على جميعهم بماله؛ والذي يوجبه النظر ـ عندي ـ على ما تقدم ـ أن يقال للورثة احلفوا أنكم ما تعلمون أنهما دفعا إليه شيئاً؛ فإن حلفا على ذلك لم يمكن الشريكان من اليمين، وحلف البائع ورجع على جميعهم

---

(٩٥) من قوله: (إذا لم يحلفوا. . بما ينوبهما) ـ وهو نحو ثلاثة أسطر ـ ساقط في ت.

(٩٦) كلمة (ولا) ساقطة في ح ٢.

بماله؛ وإن نكلوا عن اليمين، حلف الشريكان لقد دفعا ذلك إلى الميت، وحلفا مع الشاهد لقد دفع ذلك الميت إلى البائع وبرئا من نصيبهما، وحلف البائع ما دفع إليه شيئاً، ورجع على الورثة بما ينوبه.

فصــل

وكذلك إذا كان الميت معدماً لا يخلو الأمر أيضاً من الثلاثة الوجوه المذكورة[97]:

فأما الوجه الأول منها، وهو أن يصدق الشريكان الورثة فيما ادعوا من أن الميت دفع جميع الحق من ماله إلى البائع عن نفسه وعنهما ليرجع عليهما بما ينوبهما منه، فذهب[98] ابن أبي زيد إلى أن للشريكين أن يحلفا مع الشاهد ليبرآ من حمالة الثلث الذي الميت به[99] عديم، قال: فإذا حلفا غرما للورثة الثلثين ورجع البائع عليهم في ذلك بالثلث إذا حلف أنه لم يقبض من وليهم شيئاً، وذهب أبو إسحاق التونسي إلى أن الشريكين إذا حلفا مع الشاهد ليبرآ من حمالة الثلث الذي الميت به[99] عديم لا يغرمان الثلثين للورثة وإنما يغرمان ذلك للبائع بعد يمينه وهو الصحيح على ما بيناه من أنهما لا يلزمهما للورثة ما دفع الميت عنهما من ماله، لأنه أتلف ذلك على نفسه بتضييعه الإشهاد، وقد مضى القول على الوجه الثاني والثالث إذا كان الميت ملياً ولا فرق فيهما بين أن يكون ملياً أو معدماً إلا في اتباع ذمته بما يلزمه إن طرأ له مال وبالله التوفيق.

فصــل

وأما[100] الحمالة بالوجه فإنها جائزة إذا كان المتحمل به مطلوباً بمال ولم يكن مطلوباً بشيء يجب عليه في بدنه من قتل أو حد أو قصاص أو تعزير، هذا

---

(٩٧) أيضاً من الثلاثة الوجوه المذكورة: ت ق ٢ هـ، من ثلاثة وجوه أيضاً: ح ٢.

(٩٨) فذهب: ت ح ٢، وذهب: ق ٢.

(٩٩ ـ ٩٩) الميت به: ح ٢ ق ٢، به الميت: ت.

(١٠٠) وأما الحمالة: ت ح ٢ هـ، والحمالة: ق ٢.

مذهب مالك ـ رحمه الله ـ وجميع أصحابه؛ ومن أهل العلم من يرى الكفالة في الحدود والقصاص والجراح، ذكر البخاري في كتابه عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي، عن أبيه أن عمر بعثه مصدقاً، فوقع رجل على جارية امرأته فأخذ حمزة من الرجل كفيلاً حتى قدم على عمر. وكان عمر قد جلده مائة جلدة[١٠١] فصدقهم وعذره بالجهالة؛ وقال جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين استتبهم وكفلهم، فتابوا فكفلهم عشائرهم[١٠٢].

فصــل

وأصل جواز الحمالة بالعين قائم من كتاب الله ـ عزَّ وجلَّ قال الله تعالى في قصة يعقوب: ﴿ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤتُونِي مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلاَّ أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ ﴾[١٠٣]، فهذه حمالة بالنفس ووثيقة بالعين.

فصــل

فمن رأى الكفالة فيما يتعلق بالأبدان من حد أو قصاص أو جراح، فيلزم الكفيل إن[١٠٤] لم يأت بالمكفول به من طلبه ما يلزم الحميل بالوجه إذا اشترط أنه لا شيء عليه من المال؛ وقال عثمان البتي إذا تكفل بنفس في قصاص أو جراح، فإنه إن لم يجيء به لزمته الدية وأرش الجراحة وكانت له في مال الجاني، إذ لا قصاص على الكفيل.

فصــل

والصحيح ما ذهب إليه مالك رحمه الله، أنه لا كفالة في الحدود ولا في القصاص ولا في الجراح ولا في التعزير، وإنما الواجب في ذلك السجن لا الكفالة؛ فقد روى أن رسول الله ﷺ سجن قوماً بالمدينة في تهمة دم، وقد قيل أن

---

(١٠١) كلمة (جلدة) ساقطة في ح ٢ ق هـ، وهي ثابتة في ت، والرواية بها.

(١٠٢) انظر صحيح البخاري ج ٢٦/٢.

(١٠٣) الآية: ٦٦ ـ سورة يوسف.

(١٠٤) أن لم: ح ٢ ق ٢ هـ، إذا لم: ت.

رسول الله ﷺ وأبا بكر الصديق لم يسجنا ولا كان لهما سجن، والصحيح أن رسول الله ﷺ قد حكم بالضرب والسجن ـ ذكر ذلك ابن شعبان؛ وأما عمر بن الخطاب فلم يختلف عنه في أنه كان له سجن وقد سجن الحطيئة على الهجو، وسجن ضبيعاً على سؤاله عن المشكلات، وكذلك من بعده من الأمراء والحكام، حكموا بالسجن فيما يجب فيه السجن.

فصل

وقد ضعف الشافعي الحمالة في المال في الوجه، فيأتي في المسألة على هذا ثلاثة أقوال:

أحدها: إجازة الحمالة بالوجه في المال والحدود والقصاص.

والثاني: أن الحمالة بالوجه لا تجوز في شيء من ذلك.

والثالث: تفرقة مالك وأصحابه.

فصل

والحميل بالوجه يلزمه غرم المال إذا لم يحضر العين؛ فإن أحضره بريء من المال ـ وإن كان عديماً، إلا أن يشترط ألا شيء عليه من المال فينفعه الشرط ولا يجب عليه غرم المال[١٠٥] وإن لم يحضره[١٠٦] إلا أن يكون قادراً على الإتيان به فيفرط في ذلك ويتركه أو يغيبه حتى يذهب، فيكون ضامناً للمال بإهلاكه إياه؛ وما لم يفعل شيئاً من ذلك، فلا ضمان عليه في المال، وإنما يلزمه الطلب خاصة على ما اشترط وفيما يلزمه من الطلب اختلاف بين أصحاب مالك، وهو موجود في الأمهات؛ من ذلك ما وقع في سماع حسين من كتاب الكفالة، وما حكى ابن حبيب في الواضحة؛ فمن أراد الوقوف على الاختلاف في ذلك، تأمله في مواضعه ـ إن شاء الله؛ قال في كتاب ابن المواز وكذلك لو قال لا أضمن إلا وجهه لم يلزمه ضمان المال إن لم يأت بالعين، وهذا فيه نظر عندي ـ إذ لا فرق بين أن يقول أنا

(١٠٥) ولا يجب عليه غرم المال: ح ٢ ق ٢ هـ، ولا غرم عليه في المال: ت.

(١٠٦) وإن لم يحضره: ح ٢ ق ٢ هـ، وإن لم يكن يحضره ـ بزيادة (يكن): ت.

ضامن لوجهه ـ ولا يزيد على ذلك، أو يقول لا أضمن إلا وجهه في وجوب ضمان الوجه عليه؛ ومن ضمن الوجه، فهو ضامن للمال إن لم يأت بالوجه؛ كما لا فرق بين أن يقول الرجل أسلفني فلان ألف مثقال، أو يقول ما أسلفني إلا ألف مثقال ـ في وجوب الألف مثقال عليه؛ وإنما يصح ما قال ابن المواز إذا كان لكلامه بساط يدل على أنه إنما أراد ضمان الوجه بلا مال وذلك مثل أن يقال له تحمل لنا بوجه فلان، فإن جئت بوجهه فأنت بريء من المال، فيقول: لا أضمن لكم إلا وجهه، وما أشبه ذلك.

فصــل

واختلف إذا قال أنا حميل أو كفيل ـ وعري الكلام عن دليل ـ فقيل هو محمول على حمالة الوجه حتى ينص على المال، وقيل هو محمول على حمالة المال حتى ينص على الوجه، والأصح أنه محمول على حمالة المال حتى ينص أنه حميل بالوجه، لقول رسول الله ﷺ: «الحميل غارم، والزعيم غارم»؛ وأما إن تداعيا البيان لا الإبهام، فالقول قول الحميل مع يمينه أنه إنما تحمل بالوجه ويبرأ من المال إذا أتى بالعين، لأنه المدعى عليه، ولا يؤخذ أحد بأكثر مما يقر به على نفسه، وبالله التوفيق.

كتاب الحوالة[1]

فصل[2] في القول في الحوالة

نهى رسول الله ـ ﷺ ـ عن بيع الذهب بالذهب والورق بالورق إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، ونهى عن الدين بالدين ورخص في الحوالة فقال ﷺ: «**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَمَنْ أُتْبِعَ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ**»[3]، وقوله ﷺ: **فَلْيَتْبَعْ**، أمر والمراد به الندب والإرشاد، لا الوجوب والإلزام، فليس بواجب عند مالك ـ رحمه الله ـ وأكثر أهل العلم عليحيل على مليء أو معدم أو يستحيل عليه إلا أن يشاء، لأنه: إنما رضي بذمة غريمه، فليس عليه أن ينتقل عنها إلا برضاه، خلافاً لأهل الظاهر في قولهم على المحال فرضاً واجباً إذا أحيل على مليء أن يستحيل عليه.

فصـــل

والحوالة بيع من البيوع إلا أنها خصصت من الأصول[4] لما كانت على سبيل المعروف، كما خصص شراء العرية بخرصها من المزابنة لما كان على سبيل المعروف، وكما خصصت الشركة والتولية والإقالة في الطعام المكيل

---

(١) عنوان (كتاب الحوالة) ساقط في ق٢.

(٢) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٣) حديث متفق عليه ـ ومر تخريجه.

(٤) الأصول لما: ح ٢ ق ٢ هـ، الأصول الممنوعة لما: ت.

والموزون، وأخرج من البيع لما كان ذلك على سبيل المعروف، ولم يكن على وجه المكايسة؛ فكذلك الحوالة إنما تجوز إذا كانت على وجه المعروف، فإن دخلها وجه من وجوه المكايسة رجعت إلى الأصل فلم تجز.

فصل

فلجواز الحوالة ثلاثة شروط[٥]:

أحدها: أن يكون دين المحال حالاً، لأنه إن لم يكن حالاً كان بيع ذمة بذمة، فدخله ما نهي عنه من الدين بالدين، وما نهي عنه من بيع الذهب بالذهب، أو الورق بالورق، إلا يداً بيد، إذا كان الدينان ذهباً أو ورقاً؛ إلا أن يكون الدين الذي ينتقل إليه حالاً، ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا ـ مثل الصرف، فيجوز ذلك.

والثاني: أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الدين الذي يحيله[٦] عليه في القدر والصفة، لا أقل ولا أكثر ولا أدنى ولا أفضل؛ لأنه إن[٧] كان أقل أو أكثر أو مخالفاً له في الجنس والصفة، لم تكن حوالة، وكان بيعاً على وجه المكايسة، فدخلها ما نهي عنه من الدين بالدين أيضاً.

والثالث: أن لا يكون الدينان طعاماً من سلم أو أحدهما، ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم، وللزومهما شرط واحد، وهو أن لا يغره من فلس عليه من غريمه.

فصل

والحوالة جائزة في جميع الديون إذا تساوت في الوزن والصفة، وحل الدين المحال به ـ كانت من بيع أو قرض أو تعد، إلا أن يكونا جميعاً طعاماً من سلم، فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل؛ أو حل

(٥) شروط: ح ٢ ق ٢ هـ، شرائط: ت.
(٦) عبارة (به مثل الدين الذي يحيله): ساقطة في ق ٢، وهي ثابتة في ت ح ٢ هـ ـ والمعنى يقتضيها.
(٧) إن: ح ٢ ق ٢ هـ، إذا: ت.

أحدهما ولم يحل الآخر؛ لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى، استوت رؤوس أموالهما أو لم تستو على مذهب ابن القاسم، خلافاً لأشهب في قوله إنه إذا استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة، وكانت تولية؛ فإن[8] كان أحدهما من قرض والآخر من سلم، فلا تجوز حوالة أحدهما على الآخر حتى يحلا جميعاً، هذا مذهب ابن القاسم.

وحكى ابن حبيب في **الواضحة** عن جماعة أصحاب مالك حاشا ابن القاسم ـ أنهما بمنزلة إذا كانا جميعاً من سلف يَجُوزُأَنْ يحيل أحدهما على الآخر إذا حل المحال به.

فصـــل

وينزل[9] المحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته في الدين الذي أحيل به فيما يريد أن يأخذ به منه أو يبيعه به من غيره؛ فإن كان احتال بطعام، كان له من قرض في طعام من سلم، أو بطعام كان له من سلم في طعام من قرض، لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل استيفائه؛ لأنه إن كان احتال من القرض في السلم، لم يجز له أن يبيعه قبل أن يستوفيه، لنزوله فيه منزلة من أحاله، وإن كان احتال[10] من السلم في القرض لم يجز له أن يبيعه حتى يستوفيه لنزوله فيه منزلته في الطعام الذي احتاله به ولا يجوز له أن يأخذ منه إلا الطعام الذي أحيل به أو مثل رأس مال السلم سواء، فيصير بمنزلة الإقالة؛ فإن كانا جميعاً من قرض جاز له أن يبيعه قبل أن يستوفيه منه ومن غيره بكل ما يجوز أن يباع به طعام القرض، لأنه كان يجوز له أن يبيع الطعام الذي احتال به؛ وكان[11] للذي أحاله أن يبيع الطعام الذي أحاله عليه، لكونهما جميعاً من قرض؛ وكذلك لو احتال بعرض[12] كان له

---

(٨) فإن: ح ٢ ق ٢ هـ، وإن: ت.

(٩) وينزل: ح ٢ ق ٢ هـ، ويحل: ت.

(١٠) عبارة (من القرض في السلم.. وإن كان احتال): ساقطة في ق ٢.

(١١) وكان: ح ٢ ق ٢ هـ، وإن كان ـ بزيادة (إن): ت.

(١٢) بعرض: ح ٢ ق ٢ هـ، بالعرض: ت.

من قرض في عرض من قرض؛ فإن كانا جميعاً من سلم وكان أحدهما سلم دنانير، والآخر دراهم، لم يجز له أن يبيعه ـ أعني العرض[١٣] منه قبل أن يستوفيه بدنانير ولا بدراهم لما قدمناه؛ وجاز له أن يبيعه منه بعرض مخالف له إن كان الأجل لم يحل، وبما شاء من العروض ـ إن كان الأجل قد حل. وأما من غيره فيجوز له أن يبيعه بما شاء من الدنانير والدراهم والعروض المخالفة لها إذا تعجلها وألا يجوز له أن يبيعها بعروض من صنفها ـ أقل منها أو أكثر؛ وإن تعجلها إلا أن يعجلها هو أيضاً، فيكون يداً بيد مثل الصرف؛ وإن كان سلم كل واحد منهما في عرضه دنانير أو دراهم، مثل ما سلم[١٤] صاحبه جاز له أن يبيعه منه بمثل ذلك أو أقل ـ ولم يجز بأكثر منه، لأنه يدخله سلم دنانير أو دراهم في أكثر منها إلى أجل، وإن كان سلم أحدهما في عرضه أكثر مما سلم صاحبه في عرضه، لم يجز له أن يبيع العرض الذي أحيل عليه إلا بمثل أقل الثمنين فأقل، ولا يجوز بأكثر من أحدهما وإن كان مثل الآخر أو أقل منه؛ وإن[١٥] كان أحدهما من قرض والآخر من سلم فاحتال بأحدهما[١٦] في الآخر لم يجز له أن يبيعه إلا بمثل رأس مال السلم فأقل كان الذي احتال عليه هو القرض أو السلم لما قدمناه من مراعاة الوجهين؛ ومن له دنانير من قرض فاحتال بها على ثمن طعام، فلا يجوز له أن يأخذ من الذي عليه بها طعاماً، لأنه ينزل فيها منزلة من أحاله فيدخله الاقتضاء من ثمن الطعام طعاماً؛ وكذلك إن كان له دنانير من ثمن طعام باعه، فأحيل بها على دنانير من قرض، لم يجز له أن يأخذ منه فيها طعاماً لأنه ينزل منزلته فيما كان له على الذي أحاله، فكما لا يجوز له أن يأخذ من الذي أحاله طعاماً، فكذلك لا يجوز له أن يأخذ من هذا الذي أحيل عليه طعاماً، لأنه غريم غريمه، وبالله التوفيق.

(١٣) العرض: ت، العروض: ح ٢ ق ٢ هـ.
(١٤) ما سلم: ق ٢ هـ، ما في سلم: ت.
(١٥) وإن: ح ٢ ق ٢ هـ، فإن: ت.
(١٦) بأحدهما: ح ٢ ق ٢ هـ، أحدهما: ت.

كتاب الحبس والصدقة والهبة

أجمع أهل العلم على جواز الهبة والصدقة وثبوت حكمها في الشرع، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاءَ ذِي الْقُرْبَى ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ وَآتَى ٱلْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي ٱلْقُـرْبَى وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِين وَفِي ٱلرِّقَابِ ﴾[2]. وقولـه: ﴿ إِنْ تُبْدُوا ٱلصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ، وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ ﴾[3]، وقوله: ﴿ وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيراً ﴾[4]، وقوله: ﴿ فَأَوْفِ لَنَا ٱلْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا إِنَّ ٱللَّهَ يَجْزِي ٱلْمُتَصَدِّقين ﴾[5]، وقوله: ﴿ إِنْ تُقْرِضُوا ٱللَّهَ قَرْضاً حَسَناً يُضَاعِفْهُ لَكُمْ ﴾[6]. ويروى أن هذه الآية نزلت في أبي الدحداح تصدق بحديقة له فأعطاه الله في الجنة أَلْف[7] ألف حديقة[8]. وقال رسول الله ﷺ: «مَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ ـ وَلاَ يَقْبَلُ ٱللَّهُ إِلاَّ طَيِّباً ـ كان[9] إِنَّمَا

---

(١) الآية: ٩٠ ـ سورة النحل.

(٢) الآية: ١٧ ـ سورة البقرة.

(٣) الآية: ٢٧١ ـ من نفس السورة.

(٤) الآية: ٨ ـ سورة الإنسان.

(٥) الآية: ٨٨ ـ سورة يوسف.

(٦) الآية: ١٧ ـ سورة التغابن.

(٧) ألف ألف: ت، ألفي ألف: ق ٢ هـ، ألف: ح ٢.

(٨) وأورد القرطبي في تفسيره معنى آخر في قصة الدحداح، انظر ج ٣/٢٣٧.

(٩) كان إنما: ح ٢ ق ٢ هـ، كأنما: ت.

يَضَعُهَا فِي كَفِّ ٱلرَّحْمَنِ يُرَبِّيهَا لَهُ كَمَا يُرَبِّي أَحَدُكُمْ فُلُوَّهُ أَوْ فَصِيلَهُ[١٠]، حَتَّى تَكُونَ مِثْلَ ٱلْجَبَلِ»[١١]. وقال ﷺ: «ٱتَّقُوا ٱلنَّارَ وَلَوْ بِشِقِّ تَمْرَةٍ»[١٢]، وما روي عنه ـ ﷺ أنه «كَانَ يَقْبَلُ ٱلْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا»[١٣]، وقوله: «لَوْ دُعِيتُ إِلَى كُرَاعٍ لأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ»[١٤]، وقوله: «وَلَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ إِلَّا ٱلْوَالِدَ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ»[١٥]، وقوله: «ٱلرَّاجِعُ فِي صَدَقَتِهِ، كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»[١٦]، وقوله للنعمان بن بشير: «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا»[١٧]، وقوله: «خَيْرُ ٱلصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنىً وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ»[١٨]، والآثار الواردة في هذا أكثر من أن تحصى كثيرة.

فصـــل

وإنما اختلف أهل العلم هل تلزم الهبة والصدقة بالقول أم لا؟ وإذا لزمت بالقول، فهل تفتقر إلى حيازة أم لا؟ وهل تجوز إن كانت مجهولة أو مشاعة غير مقسومة أم لا ـ على أقاويل شتى؟

فصـــل[١٩]

فالذي ذهب إليه مالك ـ رحمه الله ـ وجميع أصحابه أنها تلزم بالقول وتجب به وتفتقر إلى الحيازة فيحكم على الواهب أو المتصدق بدفعها ما لم يمرض أو

---

(١٠) الفلو: المهر الصغير، والفصيل: ولد الناقة.

(١١) أخرجه بهذا اللفظ مالك في الموطأ ص ٧٠٣ ـ حديث (١٨٢٧).

(١٢) حديث متفق عليه.

(١٣) رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي من حديث عائشة.

(١٤) رواه البخاري من حديث أبي هريرة، انظر الفتح الكبير ٤٤/٣.

(١٥) رواه أحمد والأربعة والحاكم من حديث ابن عمر وابن عباس، انظر الفتح الكبير ٣٥٨/٣.

(١٦) طرف من الحديث السابق في بعض الروايات.

(١٧) حديث متفق عليه.

(١٨) رواه البخاري وأبو داود والنسائي من حديث أبي هريرة، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٤٧٤/٣.

(١٩) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

يفلس ـ خلافاً للشافعي وأبي حنيفة في قولهما إن الهبة والصدقة لا يلزمان بالقول ولا يجبان إلا بالقبض، وأن للواهب أو المتصدق الرجوع فيها ما لم تقبض منه وتحز عنه؛ والحجة لمالك ومن قال بقوله في وجوبه الصدقة والهبة بالقول، قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ يَا أَيُّهَا ٱلذِيْنَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقود ﴾[20]، والعقد هو الإيجاب والقبول، وذلك موجود في مسألتنا وقول رسول الله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ لِوَاهِبَ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ إِلاَّ ٱلْوَالِدُ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ**»، ومن طريق المعنى: فإن الصدقة والهبة لو لم ينعقدا بالقول، لما لزما بالقبض؛ لأن مجرد القبض إذا ألغي القول ولم يجعل له حكم لا يوجب الصدقة ولا الهبة، ففي اتفاقنا على لزوم الصدقة والهبة بالقبض، دليل على انعقادهما بالقول، إذ القبض لا بد أن يكون تالياً لعقد متقدم، ومتى لم يكن تالياً لعقد متقدم، لم يوجب حكماً بانفراده.

فصـــل

والعقود التي تنتقل بها الأملاك تنقسم على قسمين: بعوض وعلى غير عوض.

فأما ما كان منها على عوض فلا يفتقر إلى حيازة، لارتفاع التهمة في ذلك؛

وما كان بغير عوض كالهبة والصدقة، فمن شرط تمامه وكماله القبض عند مالك وجميع أصحابه.

فصـــل

وقد اختلف في الزيادة في ثمن السلعة أو صداق المرأة، فحكم لها بحكم الهبة في افتقارها إلى الحيازة والقبض في بعض المواضع دون بعض، أما مالك وأصحابه فلم يجروا في ذلك على قياس، وخالفهم جماعة من فقهاء الأمصار، فحكموا لها بحكم الثمن في كل موضع كان البيع وقع عليها؛ واحتجوا بحديث جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ: «**ٱبْتَـاعَ مِنْهُ بَعِيـرَهُ وَزَادَهُ عِنْدَ ٱلْقَضَـاءِ**

---

(٢٠) الآية: ١ سورة المائدة.

قِيْرَاطاً»[٢١]، فقالوا محال أن يكون جابر بن عبد الله يملك ما ملكه رسول الله ﷺ بغير الوجه الذي ملكه به؛ واحتجوا أيضاً بحديث ابتياع عبد الله بن عوف بن عثمان ابن عفان الفرس الغائبة وزيادته بعد كمال البيع أربعة آلاف على أن يكون الضمان منه، فدل ذلك على إلحاق الزيادات بعقود البياعات، وقد كان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم الذين تمنوا أن يعرفوا أيهما أجدّ في البيع، وهذا ما كان المبيع يمكن رده واستئناف البيع فيه، لم يفت بعتق ولا موت ولا خروج عن يد مبتاعه؛ فإن كانت الزيادة بعد فواته بشيء من ذلك، حكم لها بحكم الهبة ـ قولاً واحداً. فوجه ما ذهبوا إليه من ذلك أنه إذا زاده في الثمن بعد كمال البيع وقبل منه الزيادة، فكأنهما تناقضا البيع الأول واستأنفا بيعاً جديداً بالثمن الأول والزيادة؛ وأما إن كانت الزيادة بعد عقد ما لا يصح نقضه ـ كالصلح على[٢٢] دم العمد أو على[٢٣] شيء من المجهول، فقيل إن الزيادة ترد إلى صاحبها ـ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقيل إنه يحكم لها بحكم الهبة في جميع الوجوه ـ وهو الأشهر والأكثر؛ وعلى هذا المعنى اختلفوا في افتقار النحلة عند عقد النكاح إلى الحيازة، وفي جواز بيع مال العبد بعد كمال البيع، ومسائل من هذا المعنى كثيرة وبالله التوفيق.

فصـــل

والهبة والصدقة وما أشبههما على مذهبنا تفتقر إلى حيازة ولا تتم إلا بها، ومتى لم تحز عن الواهب أو المتصدق حتى مات أو فلس، فقد بطلت.

فصـــل

وإنما كانت الحيازة من شرط تمام الهبة والصدقة، لأنهما لو أجيزا دون حيازة، لكان ذلك ذريعة إلى أن ينتفع الإنسان بماله طول حياته ثم يخرجه عن

---

(٢١) حديث متفق عليه.

(٢٢) على دم: ق هـ، عن دم: ت ح.

(٢٣) على شيء: هـ، عن شيء: ح ق.

ورثته بعد وفاته ـ وذلك ممنوع؛ لأن الله تعالى فرض الفرائض لأهلها، وتوعد على تعديها فقال: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا، وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾[٢٤]، وَقَالَ: ﴿ تِلْكَ حُدُودَ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُ نُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَارُ خَالِدِيْنَ فِيهَا أَبَداً وَذَلِكَ ٱلْفَوْزُ ٱلْعَظِيمُ، وَمَنْ يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ نُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ ﴾[٢٥]، وبذلك ورد الخبر أيضاً عن أبي بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان رضي الله عنهم.

فأما خبر أبي بكر الصديق، فهو حديثه في قصة عائشة أنه كان نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليّ غنى بعدي منك، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك، وإني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا، فلو كنت جددتيه واحتزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال وإرث، وإنما هما[٢٦] أخواك واختاك فاقتسموه على كتاب الله؛ قالت عائشة: فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا، لتركته وإنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ فقال: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية.

وأما خبر عمر بن الخطاب؛ فقوله ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسكونها، فإن مات ابن أحدهم، قال مالي بيدي لم أعطه أحداً؛ وإن مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته إياه من نحل نحلة فلم يحزها[٢٧] الذي نحلها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطل.

وأما خبر عثمان بن عفان، فقوله: من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يجوز نحله فأعلن ذلك وأشهد عليه، فهي جائزة وإن وليها أبوه فأوجب الحيازة فيما وهب الأب لابنه الكبير، ورخص في حيازته ما هب لابنه الصغير.

---

(٢٤) الآية: ٢٢٩ ـ سورة البقرة ـ وهذه الآية انفردت بها نسخة ت.

(٢٥) الآيتان: ١٣، ١٤ ـ سورة النساء.

(٢٦) هما: ح ٢ ق ٢ هـ، هو: ت.

(٢٧) يحزها: ح ٢ ق ٢ هـ، يخرجها: ت.

فصـــل

واتفاق الخلفاء على وجوب الحيازة حجة[٢٨]، لقول رسول الله ﷺ؛ عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي، عضوا عليها بالنواجد. وقد ادعى أصحابنا أن ذلك إجماع من الصحابة، لأن ذلك مروي أيضاً عن أنس بن مالك وغيره، ولا[٢٩] مخالف لهم من الصحابة، وذلك صحيح بين من حديث عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، لأنه قال بمحضر الصحابة ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ـ الحديث، فلم ينكر عليه أحد منهم[٣٠] قوله ولا خالفه فيه، بل سكت الكل منهم وسلم، فدل على موافقتهم له على مذهبه.

فصـــل

وتجوز الهبة والصدقة على مذهب مالك ـ وإن كانت مجهولة أو مشاعة غير مقسومة، كانت مما ينقسم أو مما لا ينقسم؛ خلاف أهل العراق في قولهم إن الهبة والصدقة لا تلزمان بالقول ولا تجبان إلا بالقبض، وأن تكون مقسومة مفروزة معلومة غير مجهولة، وأن للواهب أو المتصدق أن يرجع في هبته وصدقته ما لم يحوزها؛ ومنهم من فرق في ذلك بين الهبة والصدقة، فألزم الصدقة ـ وإن لم تقبض، قالوا لأنه يراد بها وجه الله، وهو أحد قولي الشافعي؛ والصواب ما ذهب إليه مالك رحمه الله أن هبة الغرر[٣١] والمجهول جائزة كميراث لا يعلم كميته، والعبد الآبق، والبعير الشارد، والثمرة التي لم يبد صلاحها، لأنا إنما نهينا عن بيع الغرر، والهبة إنما هي على وجه المعروف والتبرر[٣٢]، لا يقصد بها تقامراً ولا تغابناً؛ وقد أجمع أهل العلم أن من أوصى بجزء من ماله الثلث فدونه ـ وهو لا يعرف مبلغه من الوزن والقدر، أنه جائز ماضٍ، وهذا يرد قول من رد صدقة الحر في ثلثه مع قول النبي ـ

---

(٢٨) كلمة (حجة) ساقطة في ق ٢ ـ والمعنى يقتضيها.

(٢٩) ولا: ت ح ٢، لا: ق ٢.

(٣٠) أحد منهم: ح ٢ هـ، منهم أحد: ت.

(٣١) والمجهول: ت ح ٢ هـ، المجهول: ق ٢.

(٣٢) التبرر: ح ٢ ق ٢ هـ، والبر: ت.

عليه السلام ـ لزهير أبي صرد خطيب أهل هوازن: أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم، فأعطاهم ما لم يقف على مبلغه من الجزء والقدر جميعاً، ولا خلاف بين الناس أن النبي ـ عليه السلام ـ قال: ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤونة عاملي، فهو صدقة وهو شيء لا تعلم حقيقته، لأن نفقة النساء تزيد وتنقص، وكذلك مؤونة العامل ـ قد تكثر في عام، وتقل في آخر؛ وهذا في فدك وخيبر وبني النضير؛ وقالت طائفة من أهل العلم ـ منهم أحمد بن حنبل وأبو ثور ـ الهبة والصدقة جائزة لازمة بالقول، لا[33] تفتقر إلى حيازة كالبيع سواء؛ وتأولوا حديث أبي بكر في قصة عائشة على أن تلك الهبة لم تكن معلومة، ولذلك ردها أبو بكر ـ رضي الله عنه، لا لأنها لم تقبض لقوله إني نحلتك جداد عشرين وسقا؛ ولو باع رجل جداد عشرين وسقا من نخل له لم يجز فيه البيع، لأن ذلك مجهول.

فصل[34]

ففي المسألة أربعة أقوال:

أحدها: هذا أنها تلزم بالقول وتتم به ولا تفتقر إلى حيازة ـ كالبيع سواء؛

والثاني قول مالك ومن تابعه أنها[35] تنعقد بالقول وتلزم به ولا تتم إلا بالحيازة.

والثالث: أنها تنعقد بالقول ولا تجب به، وإنما تجب بالقبض والحيازة وهو مذهب أهل العراق، وقد تقدم الكلام على تضعيف هذا المذهب وتصويب مذهب مالك بما أغنى عن رده ههنا.

والرابع: التفرقة بين الهبة والصدقة على ما حكيناه.

فصل

ولا تفترق الهبة من الصدقة على مذهب مالك إلا في وجهين:

---

(٣٣) لا: ت ح ٢ هـ، ولا: ق ٢.

(٣٤) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٣٥) عبارة (تلزم بالقول... مالك ومن تابعه أنها) ساقطة في ق ٢، وهي ثابتة في ت، مضطربة في النسختين الأخريين.

أحدهما: أن الهبة تعتصر وأن الصدقة لا تعتصر.

والثاني: أن الهبة يصح الرجوع فيها بالبيع والهبة، والصدقة لا يجوز[٣٦] الرجوع فيهـا ببيع ولا هبة إلا أن تكون الصدقة على الابن، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات:

إحداها: أن الرجوع فيها لا يجوز إلا من ضرورة، مثل أن تكون أمة فتتبعها نفسه، أو يحتاج فيأخذ لحاجته وهو ظاهر ما في المدونة.

والثانية: أن الرجوع فيها بالبيع والهبة يجوز وإن لم تكن ضرورة، ولا يكون له الاعتصار ـ وهو قول مالك في كتاب ابن المواز واختيار محمد.

والثالثة: أن الرجوع فيها بالبيع والهبة يجوز وأن الاعتصار يكون له ـ وهو قول مالك في سماع عيسى من كتاب الصدقات؛ لأنه أجاز أن يأكل مما تصدق به على ابنه الصغير، وذلك لا يكون إلا على معنى الاعتصار؛ لأن الصغير لا يصح منه إذن، وهو ظاهر ما في سماع ابن القاسم أيضاً، إذ لم يفرق في الرواية بين صغير ولا كبير.

فصـــل
في القول في الحبس

وأما الحبس فاختلف أهل العلم في جوازه: فذهب مالك ـ رحمه الله ـ وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم إلى إجازة الحبس ومنع منه أبو حنيفة وأصحابه، واستدلوا على ذلك بقوله ـ تعالى ـ : ﴿ **مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ، وَلَكِنَّ ٱلذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ** ﴾[٣٧]، وبقوله[٣٨]: ﴿ **وَجَعَلُوا لِلَّهِ مِمَّا ذَرَأَ مِنَ ٱلْحَرْثِ وَٱلْأَنْعَامِ نَصِيباً فَقَالُوا هَذَا لِلَّهِ بِزَعْمِهِمْ وَهَذَا لِشُرَكَائِنَا** ﴾ ـ إلى قوله: ﴿ **سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ** ﴾[٣٩]،

---

(٣٦) يجوز: ح ٢ ق ٢ هـ، يصح: ت.
(٣٧) الآية: ١٠٣ ـ سورة المائدة.
(٣٨) وبقوله: ح ٢ ق ٢ هـ، وقوله: ت.
(٣٩) الآية: ١٣٦ ـ سورة الأنعام.

وبقوله[٤٠]: ﴿ **وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ ٱلْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَى أَزْوَاجِنَا** ﴾، إلى قوله: ﴿ **إِنَّهُ حَكِيمٌ عَلِيمٌ** ﴾[٤١]، وبقوله[٤٢]: ﴿ **وَقَالُوا هَذِهِ أَنْعَامٌ وَحَرْثٌ حِجْرٌ لَا يَطْعَمُهَا إِلَّا مَنْ نَشَاءُ بِزَعْمِهِمْ وَأَنْعَامٌ حُرِّمَتْ ظُهُورُهَا** ﴾، إلى قوله: ﴿ **بِمَا كَانُوا يَفْتَرُونَ** ﴾[٤٣]، وقال[٤٤]: في آخر القصة: ﴿ **أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ وَصَّاكُمُ اللَّهُ بِهَذَا، فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنِ ٱفْتَرَى عَلَى ٱللَّهِ كَذِباً لِيُضِلَّ ٱلنَّاسَ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَهْدِي ٱلْقَوْمَ ٱلظَّالِمِينْ** ﴾[٤٥].

فصل[٤٦]

وهذه الآيات كلها لا دليل لهم في شيء منها على إبطال الحبس والمنع منه، لأنها إنما تقتضي التوبيخ على ما كانت الجاهلية تحرمه على أنفسها من أنعامها تشرعاً وتديناً وافتراء على الله، واتباع خطوات الشيطان؛ فليس ذلك مما يحبسه الرجل على ولده أو في وجه من وجوه البر التي يتقرب بها إلى الله بسبيل.

فصل

وكذلك استدلوا لمذهبهم بما رواه ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**لَا حُبُسَ بَعْدَ سُورَةِ النساء**[٤٧]»، وأنه - ﷺ - قال: «**لا حبس عن فرائض الله - تعالى**»[٤٨]، وبما روي عن شريح أنه قال: لما نزلت سورة - ٱلْمَائِدَةِ، جاء محمد - ﷺ - بإطلاق الحبس، وروي بمنع الحبس[٤٩]؛ وبما روي عن عبد الله بن يزيد[٥٠] أنه قال:

(٤٠) وبقوله: ح ٢ ق ٢ هـ، وقوله: ت.
(٤١) الآية: ١٣٩ - سورة الأنعام.
(٤٢) وبقوله: ح ٢ ق ٢ هـ، وقوله: ت.
(٤٣) الآية: ١٣٨ - سورة الأنعام.
(٤٤) وقال: ت ح ٢، وقالو: ق ٢ هـ.
(٤٥) الآية: ١٤٤ - سورة الأنعام.
(٤٦) كلمة (فصل) ساقطة في ت، والفصل - برمته - ساقط في هـ.
(٤٧) أخرجه البيهقي من حديث ابن عباس. انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٤٢٤.
(٤٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/١٦٢.
(٤٩) أخرجه البيهقي - نفس المصدر ٦/١٦٣.
(٥٠) هكذا في سائر النسخ، ولعله تحريف عن بريدة - وهو الثابت في كتب السنن.

قلت يا رسول الله تصدقت على أمي بصدقة ـ وقد ماتت ـ فقال: قبل الله صدقتك وعادت إليك بالميراث[٥١]. قالوا: ومن يذهب إلى جواز الحبس يمنع عوده إلى المحبس، قالوا ولأنه إخراج ملك لا إلى ملك[٥٢] فوجب ألا يلزم؛ أصله السائبة أو إذا قال: أخرجت هذه الدار عن ملكي، فإنها لا تخرج، فكذلك مسألتنا[٥٣]؛ قالوا ولأنه إزالة ملك عن المنفعة، فوجب ألا يزول الملك عن الرقبة؛ أصله العارية.

فصــل[٥٤]

وهذا كله لا دليل فيه، ولا حجة، لأن الحبس الذي جاء محمد بإطلاقه، هو البحيرة، والسائبة، والوصيلة، والحامي الذي ذكره الله في كتابه؛ والدليل على ذلك: أنه المذكور في سورة المائدة، وهذا التأويل مروي عن مالك رحمه الله؛ وأما حديث ابن عباس فعنه جوابان:

أحدهما: أن المراد به حبس الزانِي البكر، وذلك أن الله عزَّ وجلَّ قال: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ ٱلْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾[٥٥]، فقال النبي ـ ﷺ ـ خذوا عني، قد جعل الله لَهُنَّ سَبِيلاً: البكر بالبكر جلد مائة، وتغريب عام ـ الحديث[٥٦].

والجواب الثاني وهو المعتمد عليه ـ أن المراد بذلك منع[٥٩] البحيرة والسائِبة، والوصيلة، والحامي الذي كانت الجاهلية تفعله، إذ لا يعرف جاهلي حبس داره على ولده، أو في وجه من الوجوه المتقرب بها إلى الله تعالى. أما

---

(٥١) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه.
انظر ذخائر المواريث للنابلسي ١/١١٠ ـ ١١١، وعون المعبود ٣/٧٥.

(٥٢) ملك: ح ٢ ق ٢ هـ، حبس: ت.

(٥٣) مسألتنا: ح ٢ ق ٢ هـ، مسألتك: ت.

(٥٤) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٥٥) الآية: ١٥ ـ سورة النساء.

(٥٦) أخرجه أحمد ومسلم وابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت.
انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٣/٤٣٤.

(٥٧) منع: ح ٢ ق ٢ هـ، حبس: ت.

حديث عبد الله بن يزيد[٥٨]، فإنه في صدقة تمليك غير وقف، بدليل قوله عادت إليك ميراثاً؛ وعند المخالف أن الوقف يورث عن الواقف، لا عن الموقوف عليه؛ على أن في قوله عادت إليك دليلاً على خروجها عن ملكه بالوقف ـ وهم لا يقولون بذلك؛ وأما قولهم: لأنه إخراج ملك لا إلى ملك كقوله أخرجت هذه الدار عن ملكي، فغير صحيح؛ لأن الوصف غير موجود في الأصل، لأن قوله أخرجت هذه الدار عن ملكي، ليس بإخراج، وينتقض ذلك بالعتق، فإنه إخراج عن الملك إلى غير ملك ـ وهو لازم وكذلك قياسهم على العارية ينتقض بالعتق وبناء المسجد ووقفه.

فصـــل

فالصحيح[٥٩] ما ذهب إليه مالك ـ رحمه الله ـ وجل أهل العلم من إجازة الحبس، وقد حبس رسول الله ـ ﷺ، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي، وطلحة والزبير، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، وعمرو بن العاصي ـ دوراً، وحوائط؛ واستشار عمر بن الخطاب رسول الله ـ ﷺ ـ في صدقته، فقال: يا رسول الله، إني أصبت مالاً لم أصب أعجب إليّ منه، وأريد أن أتصدق به؟ فقال له رسول الله ـ ﷺ حبس الأصل وسبل الثمرة، فكتب: هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب صدقة لا تباع ولا توهب[٦٠] ولا تورث ـ على الفقراء، وذوي القربى، وفي سبيل الله، وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف[٦١]. وروي عن مالك أنه قال: جعل عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه صدقة للسائل والمحروم، وكتب عبد الله بن عمر بعده في صدقته للسائل والفقير، فبينها عبد الله ابن عمر.

فصـــل

فالأحباس سنة قائمة عمل بها النبي عليه السلام والمسلمون من بعده، وقد

---

(٥٨) مر بنا آنفاً ـ أنه هكذا ثبت في سائر النسخ، ولعل الصواب بريدة كما جاء في كتب السنن.
(٥٩) فالصحيح: ح ٢ ق ٢ هـ، والصحيح: ت.
(٦٠) جملة (ولا) ساقطة في ق ٢.
(٦١) أخرجه الجماعة، انظر عون المعبود ٧٦/٣.

قيل لمالك: إن شريحاً كان لا يرى الحبس ويقول لا حبس عن فرائض الله، فقال مالك: تكلم شريح ببلاده ـ ولم يرد المدينة فيرى آثار الأكابر من أزواج النبي ـ ﷺ. وأصحابه، والتابعين بعدهم ـ هلم جرا إلى اليوم؛ وما حبسوا من أموالهم لا يطعن فيه طاعن؛ وهذه صدقات النبي عليه السلام سبعة حوائط؛ وينبغي للمرء أن لا يتكلم إلا فيما أحاط به خبراً؛ وبهذا احتج أيضاً مالك ـ رحمه الله لما ناظر أبا يوسف بحضرة الرشيد فقال: هذه أحباس رسول الله ـ ﷺ ـ وصدقاته ينقلها الخلف عن السلف ـ قرناً بعد قرن[٦٢]، فقال حينئذ أبو يوسف: كان أبو حنيفة يقول إنها غير جائزة، وأنا أقول إنها جائزة، فرجع في الحال عن قول أبي حنيفة إلى الجواز؛ وروي أن رجلاً من أهل العراق سأل مالك عن صدقة الحبس فقال: إذا حيزت[٦٣] مضت. فقال العراقي: إن شريحاً قال لا حبس عن كتاب الله، قال: فضحك مالك رحمه الله ـ وكان قليل الضحك ـ وقال: يرحم الله شريحاً لو درى ما صنع أصحاب رسول الله ﷺ ـ ههنا ـ ما قاله. وقد امتنع أصحاب أبي حنيفة المتأخرون من إطلاق القول بإبطال الحبس، وقالوا هو جائز ولكن لا يلزم إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به[٦٤] حاكم، أو يوصي به في مرضه أن[٦٥] يوقف بعد موته، فيصح ويكون من ثلث ماله ـ كالوصية، إلا أن يكون مسجداً، أو سقاية؛ فإن وقف ذلك، يصح ولا يحتاج إلى حكم حاكم؛ وهذا بعيد، لأن ما لا يجوز للرجل أن يفعله في حياته، فلا يجوز أن يوصي به بعد وفاته؛ وما لا يحل، لا يحله حكم الحاكم. قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ** ﴾[٦٦]، وحكى محمد بن عبد الحكم عن أبي حنيفة فيما زاده في مختصر أبيه[٦٧]، أنه قال: كل

---

(٦٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى ١٦٣/٦.

(٦٣) حيزت: ق ٢ هـ، أجيزت: ت ح ٢.

(٦٤) يحكم به: ح ٢ ق ٢ هـ، يحكم له به ـ بزيادة (له): ت.

(٦٥) أن يوقف: ت ح ٢، أو يوقف: ق ٢ هـ.

(٦٦) الآية: ١٨٨ ـ سورة البقرة.

(٦٧) مختصر أبيه: ت ح ٢، مختصر ابنه: ق ٢، مختصره: هـ، ولعل ما في نسختي ت ح ٢ أنسب، =

حبس اشترط فيه المنافع للولد وغيرهم من القرابات المياسر، فهو باطل؛ وكل حبس خرج في سبيل الله والصدقات، فهو جائز.

فصل[68]

فإذا ثبت بما قلناه جواز الحبس ولزومه، فمن شرط تمامه القبض والحيازة - كالهبة والصدقة، فإن لم يقبض عنه ولا خرج عن يده حتى مات فهو باطل يكون موروثاً عنه، والعقد يصح ويلزم، وإن لم يقارنه القبض وليس للمحبس الرجوع فيه، ويلزمه إقباضه للمحبس عليه، فإن امتنع من ذلك، جبر عليه، ولا يبطل العقد بتأخير القبض ما لم يمت المحبس عليه في القبض حتى يفوته المحبس، وهذه جملة لها تفصيل وفي بعض وجوهها اختلاف سيأتي ذكر ذلك كله في موضعه - إن شاء الله تعالى -.

فصل

وللتحبيس ثلاثة ألفاظ: حبس، ووقف، وصدقة.

فأما الحبس والوقف فمعناهما واحد لا يفترقان في وجه من الوجوه، فإذا حبس الرجل داره، أو عقاره، فلا يخلو تحبيسه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون على معينين.

والثاني: أن يكون على مجهولين غير محصورين ولا معينين.

والثالث: أن يكون على محصورين غير معينين، وقد ذكر عبد الوهاب في شرح الرسالة أن الوقف لا يكون أبداً إلا محرماً - وليس ذلك بصحيح، إذ لا فرق بين قول الرجل قد أوقفت هذه الدار على فلان، أو قد حبستها عليه.

فأما الوجه الأول - وهو أن يحبس على معين فيقول هذه الدار حبس على

= فهو له زيادات على مختصر أبيه.
انظر ترجمته في شجرة النور الزكية ص ٦٧ - ٦٨.

(٦٨) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

فلان، فاختلف قول مالك: هل تكون صدقة محرمة لا ترجع إلى المحبس وتكون بعد موت المحبس عليه لأقرب الناس بالمحبس حبساً عليه، أو لا تكون صدقة محرمة وترجع بعد موت المحبس عليه إلى المحبس - ملكاً مطلقاً يبيعه ويصْنع به ما شاء على قولين منصوصين عليه في المدونة، وسواء قال حياته أو لم يقل حياته. هذا ظاهر المدونة، وهو قول سحنون؛ وقد قيل إنه إن قال حياته، رجع بعد موته إلى المحبس ملكاً، وإن لم يقل حياته رجع بمرجع الأحباس على أقرب الناس بالمحبس. قاله ابن المواز، وهو[٦٩] غير بين في المعنى، إلا أن يقول حبساً صدقة أو حبساً لا يباع ولا يوهب، فحكى ابن القاسم في المدونة أن قول مالك لم يختلف في هذا: أنها تكون صدقة محرمة ترجع بمرجع الأحباس إلى أقرب الناس بالمحبس؛ ولا ترجع إلى المحبس ملكاً مطلقاً، وليس ذلك بصحيح؛ وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك في كتابه: أنها ترجع إليه ملكاً بعد موت المحبس عليه. وإن قال[٧٠] حبساً صدقة إذا كان على معين - وهو قول ابن وهب في العتبية أنه يرجع إليه ملكاً مطلقاً - إذا حبس على معين - وإن قال في حبسه لا يباع ولا يوهب، لاحتمال قوله لا يباع ولا يوهب حياة المحبس عليه.

وأما الوجه الثاني: وهو أن يحبس داره أو عقاره على مجهولين غير معينين ولا محصورين مثل أن يقول على المساكين، أو في السبيل، أو على بني زهرة، وما أشبه ذلك؛ فإن هذا ليس فيه اختلاف أنها صدقة محرمة موقوفة على الوجه الذي سبلها فيه لا ترجع إلى المحبس أبداً.

وأما الوجه الثالث وهو أن يحبس على محصورين غير معينين مثل أن يقول هذه الدار حبس على ولد فلان، أو على عقبه، أو على بنيه، أو على نسله، أو على ذريته، وما أشبه ذلك؛ فإن هذا ليس فيه اختلاف[٧١] أنها صدقة محرمة لا ترجع إلى المحبس وتكون بعد انقراض المحبس عليهم - حبساً على أقرب الناس

(٦٩) وهو: ق ٢ هـ، وهذا: ت ح ٢.
(٧٠) قال: ت ح ٢ هـ، كان: ق ٢.
(٧١) اختلاف: ت ح ٢ هـ، خلاف: ق ٢.

بالمحبس، لقول رسول الله ـ ﷺ ـ لأبي طلحة: «**وَإِنِّي أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا فِي الأَقْرَبِين**»[72]، إلا أن يقول حياتهم؛ فذهب ابن الماجشون إلى أنها ترجع إليه ملكاً ـ بعد انقراض العقب؛ بيد أن هذه الألفاظ تفترق عند بعض العلماء بافتراق معانيها على ما سنذكره ـ إن شاء الله ـ وهي خمسة ألفاظ: الولد، والعقب، والبنون، والذرية، والنسل؛ وفي كل لفظ منها خمس مسائل:

إحداها في لفظ الولد: قوله حبست على ولدي أو على أولادي ـ ولم يزد على ذلك.

والثانية قوله:[73] حبست على ولدي وولد ولدي، أو على أولادي وأولاد أولادهم[74].

والثالثة قوله حبست على ولدي وأولادهم، أو على أولادي وأولادهم.

والرابعة قوله حبست على ولدي ذكورهم وإناثهم من غير أن يسميهم بأسمائهم وعلى أولادهم.

والخامسة قوله حبست على أولادي فلان وفلان وفلانة يسميهم بأسمائهم ذكورهم وإناثهم وعلى أولادهم.

فصل في المسألة الأولى

فأما إذا قال المحبس[75] حبست على ولدي، أو على أولادي ـ ولم يزد على ذلك، فيكون الحبس على أولاده ـ دنية ـ الذكران والإناث، وعلى أولاد بنيه الذكران دون الإناث؛ ولا يدخل في ذلك أولاد البنات ـ وعلى مذهب مالك ـ رحمه الله ـ وجميع أصحابه المتقدمين؛ لأن الولد في الشرع لا يقع حقيقة إلا على من يرجع

(72) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث أنس.
انظر ج ٦/١٦٤ ـ ١٦٥.

(73) قوله: حبست: ت ح ٢ هـ، قوله: قد حبست ـ بزيادة (قد): ق ٢.

(74) وأولاد أولادي: ت، وأولاد أولادهم: ق ٢ هـ.

(75) كلمة (المحبس) ساقطة في ق ٢.

نسبه إليه[٧٦] من ولد[٧٧] الأبناء دون ولد البنات؛ ومن حجتهم على ذلك: الإجماع على أن ولد البنات لا ميراث لهم، مع قوله تعالى: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ** ﴾[٧٨]، وقد ذهب جماعة من العلمـاء إلى أن ولد البنات من الأولاد والأعقاب[٧٩]، وأنهم يدخلون في الأحباس بقول المحبس حبست على ولدي أو على عقبي؛ وقال بذلك من الشيوخ المتأخرين من خالف مذهب مالك، منهم: أبو عمر بن عبد البر، وغيره، واحتجوا بقول الله تعالى: ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ** ﴾[٨٠]، قالوا فلما حرم الله البنات فحرمت بذلك بنت البنت بإجماع، علم أنها بنت، ووجب أن تدخل في حبس أبيها إذا حبس على ولده أو عقبه؛ واحتجوا أيضاً بقول النبي عليه السلام في الحسن: إن ابني هذا سيد[٨١]، فسماه ابناً؛ وهو احتجاج غير صحيح، لأن ولد البنت[٨٢] ـ وإن وقع عليه اسم ولد[٨٣] في اللغة لوجود معنى الولادة فيه، كما وقع على ولد الابن لوجود معنى الولادة[٨٤]، فليس بولد في الشرع، كما ليس ولد الزنى بولد في الشرع ـ وإن وقع عليه اسم ولد في اللغة ـ لوجود معنى الولادة فيه؛ لأنه قد[٨٥] تعرف باسم الولد في الشرع من يستحق الميراث والنسب منهم دون من لا يستحقه؛ كما يُعرف الوضوء والصلاة والصيام والحج في الشرع بنوع مما يقع عليه في اللغة؛ ألا ترى أن الوضوء في اللغة اسم لكل غسل، وقد تعرف في الشرع ببعض ذلك النوع ـ وهو الغسل الذي أوجبه الله عند القيام للصلاة ـ بقوله: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ** ﴾

---

(٧٦) نسبه إليه: ح ٢ ق ٢ هـ، إليه نسبه: ت.
(٧٧) ولد: ت ح ٢ هـ، أولاد: ق ٢.
(٧٨) الآية: ١١ سورة النساء.
(٧٩) والأعقاب: ح ٢ ق ٢ هـ، والأقارب: ت.
(٨٠) الآية: ٢٣ سورة النساء.
(٨١) أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي، انظر عون المعبود ٣٤٩/٤.
(٨٢) البنت: ح ٢ ق ٢ هـ، البنات: ت.
(٨٣) ولد: ح ٢ ق ٢، الولد: ت هـ.
(٨٤) الولادة فليس: ح ٢ ق ٢ هـ، الولادة فيه فإنه ليس: ت.
(٨٥) لأنه قد تعرف: ت هـ، لأنه قد يعرف: ح ٢، لأنه تعرف: ق ٢.

الآية[٨٦]؛ وأن الصلاة في اللغة هي اسم لكل دعاء، قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوَاتِكَ سَكَنٌ لَهُمْ ﴾[٨٧] ـ أي ادع لهم؛ وقد تعرفت في الشرع بنوع من الدعاء مخصوص، وأن الصيام في اللغة اسم لكل إمساك، وقد تعرف في الشرع بنوع من الإمساك مخصوص. وهو الإمساك عن الطعام والشراب والجماع من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ـ مع مقارنة النية؛ وأن الحج هو في اللغة اسم لكل قصد، وقد تعرف في الشرع بنوع من القصد مخصوص دون غيره؛ فمن غسل جميع أعضائه أو بعضها على غير الوجه الذي شرعه الله للصلاة، فلا يسمى فعله ذلك وضوءاً في الشرع، ولا ينطلق عليه اسم وضوء ـ وإن كان في اللغة وضوءاً؛ وكذلك من دعا في شيء من الأشياء لا يسمى دعاؤه صلاة في الشرع، ولا ينطلق عليه اسم صلاة ـ وإن كان في اللغة صلاة؛ وكذلك من أمسك عن شيء من الأشياء، أو عن الطعام والشراب على غير الوجه الذي شرعه الله، لا يسمى إمساكه عن ذلك صياماً في الشرع، ولا ينطلق عليه اسم صيام ـ وإن كان ذلك في اللغة صياماً؛ وكذلك من قصد موضعاً من المواضع، أو قصد مكة على غير الوجه الذي شرعه الله، لا يسمى قصده ذلك حجاً في الشرع، ولا ينطلق عليه اسم حج ـ وإن كان ذلك في اللغة حجاً.

فصـــل

فلا يفهم من إطلاق الوضوء والصلاة والصيام والحج إلا الوضوء الشرعي والصلاة الشرعية، والصيام الشرعي، والحج الشرعي؛ ولا يحمل على ما سوى ذلك مما يقع عليه في اللغة إلا بنص وبيان، ألا ترى أن رسول الله ﷺ أمر أصحابه بالوضوء مما مست النار[٨٨]، فحملوه على الوضوء الشرعي دون غسل اليد؛ وروى الراوي عن عبد الله بن عمر أنه كان إذا رعف، انصرف فتوضأ ثم رجع فبنى ولم

---

(٨٦) الآية: ٦ ـ سورة المائدة.

(٨٧) الآية: ١٠٣ ـ سورة التوبة.

(٨٨) رواه أحمد ومسلم والنسائي من حديث عائشة وأبي هريرة.
انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٢٢٨/١.

يتكلم؛ فحمل ذلك من قوله على الوضوء الشرعي دون غسل الدم[٨٩]، وكذلك سائر الشرائع المذكورة؛ فإذا كان من أخبر عن نفسه أنه توضأ أو صلّى أو صام أو حج لا يفهم منه أنه أراد إلا[٩٠] الوضوء الشرعي، والصلاة الشرعية، والصيام الشرعي، والحج الشرعي، دون غيره مما ينطلق عليه الاسم في اللغة، ولا يحمل إلا على ذلك؛ فكذلك من قال: حبست على ولدي لا يفهم من قوله أنه أراد إلا الولد الشرعي الذي تثبت له احكام الشرع الشرعية من الموارثة والنسب، دون الولد اللغوي الذي لا يستحق الميراث ولا النسب، كولد الزنى، وولد البنت، ولا يحمل أمره إلى على ذلك.

فصـــل

وعرف الاستعمال يكون في الكلام من ثلاث جهات:

إحداها: جهة الشرع وقد تقدم ذكر ذلك والأدلة عليه.

والثانية: جهة اللغة كتسميتنا دابة للخيل والبغال والحمير من ذوات الأربع ـ خاصة ـ وإن كان الاسم في اللغة واقعاً على ما يدب من جميع الحيوان؟ قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **وَاللَّهُ خَلَقَ كُلَّ دَابَّةٍ مِنْ مَاءٍ فَمِنْهُمْ مَنْ يَمْشِي عَلَى بَطْنِهِ** ﴾[٩٠] ـ الآية.

والثالثة: من جهة الصناعة كتسميتنا العالم بالحديث والرأي فقيهاً دون العالم بما سواه من العلوم ـ وإن كان في اللغة فقيهاً في[٩١] ذلك الشيء الذي علمه وفقه فيه، وكتسميتنا العالم بأصول الديانات متكلماً ـ وإن كان كل ناطق معرب عما في نفسه بلسانه يسمى متكلماً في اللغة؛ وكنحو تسمية أهل الديوان الكتاب زماماً، وأهل الإبل الخطام زماماً، وما أشبه ذلك؛ فيحمل لفظ كل طائفة على عرفها وعادتها.

---

(٨٩) الدم: ت ح ٢ هـ، اليد: ق ٢.
(٩٠) الآية: ٤٥ ـ سورة النور.
(٩١) في ذلك: ح ٢ ق ٢ هـ، بذلك: ت.

فصــل

فالولد على هذا ينقسم على ثلاثة أقسام:

ولد يسمى ولداً من جهة اللغة والشرع ـ وهو الولد الذي ثبتت[٩٤] له أحكام الشريعة من الموارثة والنسب.

وولد يسمى ولداً من جهة اللغة خاصة ـ وهو الولد الذي يوجد فيه معنى الولادة، ولا تثبت له أحكام الشريعة.

وولد يسمى ولد مجازاً لا حقيقة، كأولاد الأدعياء، والرجل يقول للصبي الأجنبي يا ولدي ـ يريد تقريبه بذلك، وما أشبه ذلك.

فصــل

فحمل قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ ـ على عمومه في كل من يقع عليه اسم أم أو بنت في اللغة بوجود معنى الولادة فيه، فحرمت بنت البنت وإن سفلت، وأم الأم وإن علت؛ وثبت بالسنة والإجماع أن مراد الله عزَّ وجلَّ بقوله: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ ـ من ينتسب إليه من أولاده دون من لا ينتسب إليه منهم، وتخصص بذلك الولد الشرعي من غيره؛ والفرق أيضاً من جهة النظر بين التحريم والميراث في ابنة البنت ظاهر، لأن الأشياء قد قيل إنها في الأصل على الحظر، فلا تستباح بنت البنت إلا بيقين، ولا تورث إلا بيقين ـ وهذا أيضاً بين؛ ومن أهل العلم من قال إن ولد البنت لا يسمى ولداً إلا مجازاً، وحمل قول النبي عليه السلام في الحسن: **إن ابني هذا سيد** ـ على المجاز دون الحقيقة؛ وليس ذلك بصحيح، بل هو ولد على الحقيقة في اللغة، لوجود معنى الولادة فيه؛ ولأن أهل العلم قد أجمعوا على تحريم بنت البنت من قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾، إذ لا جائز أن يقول أحد إنها محرمة بغير القرآن، لأن الله ـ تعالى ـ قد قال بعد أن نص[٩٣] على المحرمات:

---

(٩٢) ثبتت: ح ٢ ق ٢ هـ، تثبت: ت.

(٩٣) نص على المحرمات: ح ٢ ق ٢ هـ، نص المحرمات: ت.

﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾[٩٤]، واستدل أيضاً بعض من ذهب إلى هذا المذهب يقول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الأباعد

وهذا لا دليل فيه، لأن معنى قوله: إنما هو أن ولد بنيه الذكران، هم الذين لهم حكم بنيه في الموارثة والنسب؛ وأن ولد بناته ليس لهم حكم بناته في ذلك، إذ لا ينتسبون إليه، وإنما ينتسبون إلى غيره؛ فأخبر بافتراقهم في الحكم، مع اجتماعهم في التسمية؛ ولم ينف عن ولد البنات اسم الولد، لأنه إنما قال وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد، فاستدل من قوله من احتج به على أنه أراد: وليسوا بأبنائنا؛ وليس في هذا نفي اسم الولد عنهم، وإنما هو من لطيف الاستعارة؛ كما يقول الرجل في ولده: ليس هو بابني، إذ لا يطيعني ولا يرى لي حقاً. فلا يريد بذلك نفي اسم الولد عنه، وإنما يريد به أن ينفي عنه حكمه؛ ومن استدل بهذا البيت على أن ولد البنت لا يسمى ولداً، فقد أفسد معناه، وأبطل فائدته، وتأول على قائله ما لا يصح؛ إذ لا يمكن أن يسمى ولد الابن في اللسان العربي ابناً، ولا يسمى ولد الابنة ابناً، من أجل أن معنى الولادة التي اشتق منها، اسم الولد فيه أبين وأقوى؛ لأن ولد الابنة هو ولدها بحقيقة الولادة، وولد الابن إنما هو ولده بماله فيه[٩٥] مما كان سبباً للولادة؛ ولم يخرج مالك رحمه الله أولاد البنات من حبس[٩٦] من حبس على ولده، من أجل أن اسم الولد غير واقع عليه عنده في اللسان؛ وإنما أخرجهم منه قياساً على الميراث، ليُعرف اسم الولد في الشرع فيمن يستحق الميراث والنسب، دون من لا يستحق ذلك ـ على ما بيناه فيما سلف، وبالله التوفيق.

---

(٩٤) الآية: ٢٤ ـ سورة النساء.

(٩٥) فيه: ح ٢ ق ٢ هـ، فيها: ت.

(٩٦) جملة (من حبس) ساقطة في ق ٢ ـ والمعنى يقتضيها.

فصل في المسألة الثانية

وأما[97] إذا قال المحبس: حبست على ولدي وولد ولدي، أو على أولادي وأولاد أولادي؛ فذهب جماعة من الشيوخ إلى أن ولد البنات يدخلون في ذلك، وهو ظاهر اللفظ، لأن الولد يقع على الذكر والأنثى؛ فإذا قال على ولدي وولد ولدي، فهو بمنزلة قوله على أولادي ـ ذكرانهم وإناثهم، وعلى أعقابهم؛ وقد روي عن مالك ـ رحمه الله ـ في كتاب ابن عبدوس، ومن رواية ابن وهب عنه في بعض روايات المدونة ـ أنه لا شيء لولد البنات في ذلك؛ ووجه الروايات عنه في ذلك: أن لفظ ولد الولد لا يتناول عنده ـ[98] بإطلاقه ـ ولد البنات، ولا يقع إذا أطلق دون بيان إلا على من يرجع نسبه إلى المحبس من ولد ولده؛ لأن ولد بنته ـ وإن سميناه ولد ولده ـ لوقوع اسم الولد على الذكر والأنثى، والواحد والجمع ـ وقوعاً واحداً في اللسان العربي ـ كما ذكرت؛ فلا يرثه في الشرع، ولا ينتسب إليه، وإنما يرث[99] رجلاً آخر وإليه ينتسب؛ فهو بذلك الرجل أخص منه به، لأن ولد ابن الرجل هو ولد ولده من جهة ابنه، يختص به ويرثه وينتسب إليه؛ وولد ولد رجل آخر من جهة زوجة ابنه بالتسمية خاصة دون الميراث والنسب؛ وولد ابنته هو ولد ولده من جهة ابنته بالتسمية خاصة دون الميراث والنسب[100]؛ وولد رجل آخر من جهة زوج ابنته يختص به ويرثه وينتسب إليه؛ فإذا صح ذلك وثبت أن لفظ ولد الولد يقع على من ينتسب إليه ويرثه[101] من ولد ولده، وعلى من لا ينتسب إليه منهم ولا يرثه؛ وجب أن يخصص فيمن يرثه منهم وينتسب إليه، دون من لا يرثه ولا ينتسب إليه؛ لأنه المعنى الذي يراد له الولد ويرغب فيه من أجله؛ قال الله عزَّ وجلَّ ـ فيما قص علينا من نبإ زكريا عليه السلام ـ ﴿ **وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِراً، فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيّاً يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ واجْعَلْهُ رَبِّ**

---

(٩٧) وأما إذا: ت ح ٢ هـ، فإذا: ق ٢.

(٩٨) عنده بإطلاقه: ت ح ٢ هـ، عنده إلا بإطلاقه ـ بزيادة (إلا): ق ٢.

(٩٩) يرث: ت ح ٢ هـ، يوارث: ق ٢.

(١٠٠) عبارة (وولد ابنته.. دون الميراث والنسب)، ساقطة في ت ح ٢.

(١٠١) ويرثه: ت ح ٢ هـ، ويوارثه: ق ٢.

رَضياً ﴾[١٠٢]، وذلك أن زكريا كان من آل يعقوب وتحرر من هذا قياساً فنقول: إن هذا لفظ عام يقع على من يرث المحبس[١٠٣] وينتسب إليه، وعلى من لا يرثه ولا ينتسب إليه ـ مع الاستواء في الحرية والإسلام؛ فوجب أن يقصر على من يرث منهم دون من لا يرث، أصل ذلك قول المحبس حبست على ولدي ـ ولم يزد أن ذلك مقصور على من يرثه من ولده الذكور والإناث، وولد ولده الذكور وينتسب إليه منهم دون من لا يرثه منهم ولا ينتسب إليه، كأبناء الزنى وأبناء البنات؛ وإن كان لفظ الولد يعمهم ويجمعهم في اللسان العربي ـ وهذا بين إن شاء الله. ووجه ثانٍ صحيح المعنى ظاهر في القياس يأتي على الصحيح ـ عندي من أصل مختلف فيه في المذهب ـ وهو مراعاة عرف ألفاظ الناس ومقاصدهم في أيمانهم، يمهد لذكره أصلاً يثبته عليه ونرده إليه ـ وهو أنه لا اختلاف[١٠٤] في أن الألفاظ المسموعة إنما هي عبارة عما في النفوس، فإذا عبر المحبس عما في نفسه من إرادته بلفظ غير محتمل، نصّ فيه على إدخال ولد بناته في حبسه، أو إخراجهم منه؛ وقفنا عنده ولم يصح لنا مخالفة نصه؛ وإذا عبر عما في نفسه بعبارة محتملة للوجهين جميعاً، وجب أن نحملها على ما يغلب على ظننا أن المحبس أراده من محتملات لفظه بما يعلم من قصده؛ لأن عموم ألفاظ الناس لا تحمل إلا على ما يعلم[١٠٥] من قصدهم واعتقادهم، إذ لا طريق لنا إلى العلم بما أراده المحبس إلا من قبله؛ فإذا صح هذا الأصل الذي أصلناه وقدرناه، وقد علمنا أنه لا يعلم من الناس أن الولد بإطلاقه يقع[١٠٦] على الذكر والأنثى إلا الخاص منهم العالم باللسان، وأكثرهم يعتقد أن الولد لا يقع إلا على الذكر دون الأنثى؛ وإن سألت منهم من له ابنة ولا ابن له: هل لك ولد؟ يقول لك ليس لي ولد، وإنما لي ابنة؛ وجب أن يخصص بهذا عموم لفظ المحبس، ويحمل على أنه إنما أراد ولد ولده الذكور دون ولده

(١٠٢) الآيتان: ٥ ـ ٦ سورة مريم.
(١٠٣) يرث المحبس: ت ح ٢ هـ، يرث من المحبس ـ بزيادة (من): ق ٢.
(١٠٤) اختلاف: ح ٢ ق ٢ هـ، خلاف: ت.
(١٠٥) يعلم: ح ٢ ق ٢ هـ، يحمل: ت.
(١٠٦) بإطلاقه يقع: ح ٢ ق ٢ هـ، بإطلاقه قد يقع ـ بزيادة (قد): ت.

الإناث، إذ الأغلب في الظن أنه لم يرد إناث ولده، إذ لا يعلم أن إناث ولده يسمون ولداً؛ كما يخصص عموم لفظ الحالف بما يعلم من مقاصد الناس في أيمانهم وعرف كلامهم.

وتحرير القياس من هذا أن يقال إن هذا لفظ عام يقع في اللسان العربي على الذكر والأنثى من ولد المحبس وولد ولده، فوجب أن يحمل على ما يقع عليه عند الناس في عرف كلامهم ووجه مقصدهم ـ وهو الذكر دون الأنثى من ولده وولد ولده، أصل ذلك قول من قال فيمن حلف ألا يأكل لحماً أو بيضاً، فأكل لحم الحيتان أو بيضها ـ أنه لا يحنث، لأن الحيتان ليست بلحم في عرف كلام الناس ووجه مقاصدهم ـ وإن كان لحماً في اللسان العربي؛ قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً** ﴾[107]، وهو قياس صحيح لا اختلاف في صحته عند جميع العلماء من أهل السنة القائِلين بالقياس، لأن القياس ـ عندهم هو حمل الفرع على الأصل في نفي الحكم وإثباته بالعلة الجامعة بينهما؛ فالفرع في مسألتنا هذه قول المحبس حبست على ولدي وولد ولدي، والحكم المطلوب هو نفي دخول ولد الأنثى من ولد المحبس وولد ولده تحت اللفظ الذي لفظ به المحبس؛ والأصل قول الحالف: والله لا أكلت لحماً أو بيضاً ـ ولا نية له، فأكل لحم الحيتان أو بيضها؛ والعلة الجامعة بينهما: أن الناس لا يوقعون اسم اللحم في عرف كلامهم ووجه مقصدهم إلا على لحم ذوات الأربع دون ما سواه من اللحوم؛ ولا اسم البيض إلا على بيض ذوات الريش، دون ما سواه من البيض؛ كما لا يوقعون الولد في عرف كلامهم ووجه مقصدهم، إلا على الذكر دون الأنثى.

فصـــل

ويؤيد هذا الجواب ما حكى ابن أبي زمنين في مقربه عن مالك من كتاب ابن المواز فيمن حبس على أولاده وأعقابهم، بهذا اللفظ أن ولد البنات لا يدخلون في الحبس؛ فلو حمل لفظ أولاده على عمومه في الذكران والإناث، لرد ضمير الجمع

---

(١٠٧) الآية: ١٤ ـ سورة النحل.

في أعقابهم إلى جميعهم؛ إذ لا يصح رده إلى الذكران منهم دون الإناث بغير دليل؛ فليس وجه الرواية إلا ما ذكرناه من أنه حمل لفظ أولاده على الذكران دون الإناث بما علم من قصد الناس في أن لفظ الأولاد لا يوقعونه إلا على الذكران دون الإناث، فرد الضمير إليهم لا وجه للرواية عندي غير هذا ـ والله أعلم.

فصـــل

فإن قال قائل قول العالم ليس بحجة ومن أهل العلم من يوجب على الحالف ألاَّ يأكل اللحم أو البيض ـ الحنث بأكل لحم الحيتان أو بيضها، لوقوع اسم اللحم والبيض على ذلك؛ فلا يصح أن يجعل قول من قال في مسألة اليمين أنه لا يحنث أصلاً، يقيس الفرع عليه إلا بعد ثبوت صحته؛ دليلنا[108] على صحته بالإجماع على أن الألفاظ إنما تحمل على ما يعلم من قصد المتكلم بها، لا على ظواهرها؛ قال الله ـ عزَّ وجلَّ: ﴿ **فَاعْبُدُوا مَا شِئْتُمْ مِنْ دُونِهِ** ﴾[109]، فهذا لفظ ظاهره الإباحة والتخيير، وهو محمول على النهي والوعيد المفهوم من معناه دون الإباحة الظاهرة من مجرد لفظه؛ وقال في قصة شعيب: ﴿ **إِنَّكَ لَأَنْتَ الْحَلِيمُ الرَّشِيدُ** ﴾[110]، فظاهر مجرد اللفظ المدح والثناء، ومعناه المفهوم منه عند الجميع ما قصدوا به من الذم والإزدراء، لكراهية ما أمرهم به؛ ومن مثل هذا كثير في القرآن والسنن والآثار يفوت إحصاؤه، ولا يمكن حصره واستقصاؤه.

فصـــل[111]

فإذا وجب أن يحمل اللفظ بما يعلم من قصد المتكلم به على خلافه في اللفظ والمعنى، فأحرى أن يجب حمل اللفظ العام المحتمل للتخصيص بما يعلم من قصد المتكلم به على بعض محتملاته بغلبة الظن فيما طريقه غلبة الظن دون العلم والقطع.

---

(١٠٨) دليلنا: ح ٢ هـ، دللنا: ق ٢، واستدل: ت.

(١٠٩) الآية: ١٥ ـ سورة الزمر.

(١١٠) الآية: ٨٧ ـ سورة هود.

(١١١) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

فصـــل

فإن قال قائل كيف حكمت بصحة هذا القياس الذي دللت[112] به على صحة قول مالك وهو لا يقول بموجبه، لأنه يدخل بنـات المحبس في الحبس بهذا اللفظ، وما قلت من حملك إياه على ما يغلب على الظن من أن المحبس لا يعلم أن البنت تسمى ولداً، يوجب ألا يدخلن فيه.

فالجواب عن ذلك أن البنات قد كره إخراجهن من الحبس، لأنه من أفعال الجاهلية؛ قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَى أَزْوَاجِنَا** ﴾، ولما فيه أيضاً مما نهي عنه من تفضيل بعض الولد على بعض في العَطِيَّة، ومن مذهب مالك رحمه الله أنهن يدخلن فيه ـ وإن نص المحبس على إخراجهن منه ـ ما لم يفت الأمر، فكيف إذا أتى بهذا اللفظ الذي يوجب دخولهن فيه بظاهره في اللسان العربي، وولد البنات، لم يكره إخراجهن من الحبس، فوجب ألا يدخلوا فيه بهذا اللفظ الذي يقتضي دخولهم فيه، لوقوعه على الذكر والأنثى في اللسان العربي ـ إذا غلب على الظن أن المحبس لم يرد إيقاعه إلا على الذكران خاصة بما يعلم من مقاصد الناس بألفاظهم وعرف كلامهم، فلا يخرج البنات من الحبس إلا بالنص على إخراجهن منه، ولا يدخل ولد البنات فيه إلا بالنص على دخولهم فيه، أو اللفظ العام إذا لم يقترن به ما يدل على تخصيص ولد البنات منه.

فصـــل

ولو حبس على ولد رجل أجنبي، لوجب على قياس هذا ألا يدخل فيه بناته؛ وعلى هذا المعنى والقياس، تأتي رواية أصبغ عن ابن القاسم في كتاب الوصايا فيمن أوصى لولد فلان، أن الوصية تكون لذكور ولده ولا يدخل فيها إناثهم؛

---

(112) دللت: ح ٢ ق ٢ هـ، استدللت: ت.

بخلاف إذا أوصى لبني فلان، فإنه يدخل في ذلك ذكورهم وإناثهم؛ فإن قيل فهل تقولون إن هذا هو مذهب مالك، قلنا الأمر محتمل، إذ لا ندري لعل رأيه فيمن حبس على ولده وولد ولده ـ أن أولاد[١١٣] البنات لا يدخلون في الحبس على جوابنا الأول فإن كان على جوابنا الأول[١١٤]، فليس هذا مذهبه، وبناته يدخلن[١١٥] عنده بلفظ الولد[١١٦] ـ وإن كان رأيه على جوابنا الثاني، فهذا مذهبه بناء على طرد قياسه والله أعلم.

فصل

فإن قال قائل: فما فائدة قول المحبس وولد ولدي إذا كان لا يدخل في الحبس بقوله وولدي وولد ولدي إلا من يدخل بقوله: ولدي؛ فالجواب عن ذلك أن لقوله وولد ولدي فائدة وهي البيان أنه لم يرد أن يخصص بحبسه ولده دنية دون من تحتهم منه ولد الولد الذكور والخروج من الخلاف؛ إذ من أهل العلم من يرى أن الحبس مقصور على الولد دون ولد الولد حتى يقول: وولد ولدي، وعلى هذا القول تأتي رواية سحنون عن غير ابن القاسم في سماعه من كتاب الحبس، والأجوبة في هذا[١١٧] وإن كثرت وكانت معانيها مختلفة فهي كلها في الإرشاد إلى الطلوب متفقة، لأنها أدلة على صحة قول مالك رحمه الله فيما ذهب إليه، والأدلة الصحاح لا تتعارض.

فصل

فمن أدخل من شيوخنا المتقدمين ولد البنات في الحبس بهذا اللفظ، أو ولد بنات البنات ـ إذا كرر اللفظ ثالثة، وعزاه إلى مذهب مالك؛ فقد أخطأ ولم يجر على أصله في حمل الألفاظ على معانيها دون مجرد أسمائها؛ وجهل الرواية عنه

---

(١١٣) أولاد: ت ح ٢ هـ، ولد: ق ٢.
(١١٤) عبارة (فإن كان على جوابه الأول)، ساقطة في ق ٢.
(١١٥) يدخلن: ح ٢، داخلن: ق ٢، داخلون: ت.
(١١٦) وإن: ح ٢ ق ٢ هـ، فإن: ت.
(١١٧) جملة (في هذا) ساقطة في ق ٢.

في ذلك والله أعلم؛ ويحتمل أن يكون علمها وتأولها على مذهبه بأن حمل قوله لا يدخل في ذلك ولد البنات ـ على أنه إنما أراد بذلك ولد بنات أبناء المحبس وعلى أصل قوله، ومذهبه في أن ولد البنات ليسوا بولد ولا عقب ـ يريد في الشرع على ما بيناه، إلا أنه تأويل بعيد، لمخالفته ظاهر قوله ومعناه على ما بيناه؛ ويحتمل أن يكونوا عدلوا عن قوله وخالفوه إلى ما يوجبه القياس عندهم باتباع ظاهر اللفظ ـ والله أعلم.

فصل في المسألة الثالثة

وأما إذا قال حبست على ولدي وأولادهم أو أولادي وأولادهم، فحكى ابن أبي زمنين في مقربه عن مالك أن ولد البنات لا يدخلون في الحبس بهذا اللفظ، ووجه ذلك على ما قدمناه من أن الأولاد في عرف كلام الناس لا يقع إلا على الذكران دون الإناث، فرجع ضمير الجمع من قوله وأولادهم عليهم خاصة، فلم يكن في ذلك لولد البنات دخول، وأدخل ولد البنات خاصة دون من تحتهم من ولد بنات البنات بهذا اللفظ من الشيوخ، من أدخلهم بقوله حبست على ولدي وولد ولدي إلا أن يزيد درجة فيقول: وأولاد أولادي، فيدخلون في الدرجة الثانية؛ وكذلك كلما زاد درجة يدخلون إلى حيث انتهى المحبس بقوله وبإدخالهم بهذا اللفظ، قضى القاضي محمد بن السليم بفتوى أكثر أهل زمانه، ودخولهم به أبين من دخولهم باللفظ الأول لأن اللفظ الأول[١١٨] ـ وهو قوله ولدي وولد ولدي يتخصص في ولد الذكور من ولده دون إناثهم بوجهين:

أحدهما: عرف الشرع.

والثاني: عرف كلام الناس؛ والتخصيص بعرف الشرع لا اختلاف فيه، واللفظ الثاني ـ وهو قوله أولاد أولادي وأولادهم، لا يتخصص إلا بعرف كلام الناس خاصة، وهو معنى رواية أصبغ في كتاب الوصايا من العتبية فيمن أوصى لولد

---

(١١٨) جملة (لأن اللفظ الأول) ساقط في ح ٢.

عبد الله أن الوصية تكون لذكور ولده دون إناثهم، والتخصيص بعرف كلام الناس أصل مختلف فيه من قول مالك وغيره، فيتخرج دخول ولد البنات في الحبس بهذا اللفظ على قول مالك الذي لا يرى التخصيص به؛ وأما قول الشيوخ إنه إن كرر اللفظ فقال: وأولاد أولاد أولادي أن ولد بنات بنات المحبس يدخلون في الحبس، وكذلك إن زاد درجة يدخلون إلى حيث انتهى من الدرجات؛ فلا يتخرج على مذهب مالك بحال، وإنما يأتي ذلك على اتباع ظاهر اللفظ في اللغة دون الاتباع بشيء من المعاني.

فصل في المسألة الرابعة

وأما إذا قال حبست على أولادي ذكورهم وإناثهم ـ ولم يسمهم بأسمائهم، ثم قال وعلى أعقابهم، فالظاهر من مذهب مالك ـ رحمه الله أن أولاد البنات يدخلون في ذلك كما لو سمى؛ بخلاف إذا قال أولادي ولم يقل ذكرانهم وإناثهم للعلة التي قدمناها من أن لفظ الأولاد لا يوقعه الناس إلا على الذكران دون الإناث؛ وقد وقع في كتاب محمد بن المواز مسألة استدل بها بعض الناس على أن ولد(١١٩) البنات لا يدخلون في الحبس على مذهب مالك. وإن قال: حبست على أولادي ذكرانهم وإناثهم وعلى أعقابهم وهي قوله فيمن حبس على ولده الذكر والأنثى، وقال: فمن مات منهم فولده بمنزلته؛ قال مالك: لا أرى لولد البنات شيئاً وهو استدلال ضعيف؛ ووجه هذا القول إن سلمنا استدلال قائله على ضعفه: أن يحمل قوله وأعقابهم على أنه إنما أراد به أن يبين أنه لم يرد أن يخصص بحبسه بنيه الذكران والإناث ـ دنية دون من تحتهم من بني البنين، لإدخال من لم يتناوله لفظ الولد الذكران والإناث؛ وإذا لم يُسلم الاستدلال، فالفرق بين المسألتين أن تحمل هذه المسألة على ظاهرها، ويحمل قوله في مسألة كتاب ابن المواز: ومن مات منهم فولده بمنزلته على البيان والتفسير لمن تناوله(١٢٠) اللفظ الأول وبالله تعالى التوفيق.

---

(١١٩) ولد: ح ٢ ق ٢ هـ، أولاد: ت.

(١٢٠) تناوله: ح ٢ ق ٢، يتناوله: ت هـ.

فصل في المسألة الخامسة

وأما إذا قال حبست على أولادي ـ ويسميهم بأسمائهم ـ ذكورهم وإناثهم، ثم يقول: وعلى أولادهم؛ فإن ولد البنات يدخلون في ذلك على مذهب مالك وجميع أصحابه المتقدمين والمتأخرين: ابن أبي زمنيـن، وأبي عمر الإشبيلي، ومن تلاهم من شيوخنا الذين أدركناهم؛ إلا ما روي في ذلك عن ابن زرب وهو خطأ صراح لا وجه له، فلا يعد خلافاً؛ لأنه لم يقله برأيه، وإنما بناه بالقياس الفاسد على ما ذهب إليه من تقليد غيره، وذلك أنه كان يفتي بما عليه الجماعة من دخول ولد البنات إلى أن نزلت، فقال رأيت لموسى بن طارق قاضي زبيد ـ أنه سأل مالكاً عمن حبس على ولده وولد ولده، فقال ولد البنات في هذه المسألة ليسوا بعقب؛ فقال[121] له موسى هل تعلم في ذلك اختلافاً[122] بين فقهاء المدينة؟ فقال: لا أعلم في ذلك اختلافاً بينهم، فرجع عن مذهبه وأشهد على رجوعه؛ فكان من قوله في الذي يقول داري حبس على ولدي فلان وفلان وفلان[123]، وفلانة، وعلى أعقابهم وأعقاب أعقابهم؛ أنه ليس لولد فلانة شيء كقول الرجل على أولادي وأعقابهم ـ وفيهم أنثى، قال وكذلك إذا قال حبس على ولدي فلان وفلان وفلانة، وعلى أعقابهم؛ لاحتمال رجوع ضمير الجمع إلى الاثنين[124]، ليس يرجع إلى الذكر خاصة ولا يدخل في ذلك ولد البنات إلا بحق لا شك[125] فيه، وذلك تحكم لا دليل عليه؛ والذي ذهبت إليه الجماعة[126] من أن الضمير عائد على جميعهم الذكران والإناث هو الصواب الذي لا يصح القول بخلافه، لأن الظاهر من لفظ المحبس رجوع الضمير على[127] جميع المذكورين، فلا

(١٢١) فقال: ح ٢ ق ٢ هـ، قال: ت.
(١٢٢) اختلافاً: ح ٢ ق ٢ هـ، خلافاً: ت.
(١٢٣) كلمة (وفلان) ـ الثالثة ـ ساقطة في ت.
(١٢٤) الاثنين: ق ٢، الابنين: ت هـ.
(١٢٥) شك: ق ٢ هـ، يشك: ت، بياض في ح ٢.
(١٢٦) والذي ذهبت إليه الجماعة: ح ٢ ق ٢ هـ، والذي عليه الجماعة: ت.
(١٢٧) على: ق ٢ هـ، إلى: ت ح ٢.

يخصص الإناث من ذلك ويخرجن[١٢٨] من الحبس ـ والمحبس قد أدخلهن[١٢٩] فيه بما ظهر[١٣٠] من لفظه إلا بدليل يدل على ذلك؛ ورجوع ابن زرب على القول بهذا إلى ما حكيت عنه من أجل الرواية التي حكاها غلط بين، لأن الرواية إنما هي فيمن حبس على ولده وولده ولده ـ وهي مسألة أخرى غير المسألة التي رجع عن جوابه فيها لأن الرواية وجهها ما بيناه من أجل الناس يعتقدون أن الولد لا يقع إلا على الذكران دون الإناث بل لا يعرف أن اللفظ يتناول الذكران والإناث إلا الخاص من العلماء، ولا يمكن أن يقال إن أحداً من الناس يجهل أن لفظ ضمير الجمع يرجع إلى جميع المذكورين، بل يعتقد كثير من الناس أنه لا يصح أن يرجع إلى بعضهم، وقد ذهب إليه كثير من العلماء فقالوا في عموم آي القرآن المخصصة بغيرها ـ إنها منسوخة بها، ولم يقولوا إنها مبينة لها؛ ومعنى آخر وهو أنه يحتمل أن يكون رأي مالك أن لفظ ولد الولد بإطلاقه لا يقع من ولده إلا على من يرجع نسبه إليه منهم، لأنهم المختصون به، ومن لا يرجع نسبه منهم إليه فليس بمختص به وإنما يختص بمن يرجع نسبه إليه، ولا يمكن أن يقول أحد ان لفظ ضمير الجمع ـ بإطلاقه راجع إلى بعض المذكورين، وإنما يرد[١٣١] إلى بعضهم إذا قام الدليل على أنه لا يجوز رده إلى جميعهم، مثل قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿يَا مَعْشَرَ ٱلْجِنِّ وَالإِنْسِ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِنْكُمْ يَقُصُّونَ عَلَيْكُمْ آيَاتِ رَبِّكُمْ﴾[١٣٢]، لأنا علمنا أن مراده بقوله رسل منكم الإنس دون الجن، إذ لم يبعث ـ تعالى ـ من الجن رسولاً وهذا بين.

فصل

ولو كرر التعقيب، لدخل ولد البنات إلى الدرجة التي انتهى إليها المحبس على ما ذهب إليه الشيوخ، خلاف مذهب مالك ـ رحمه الله ـ على ما ذكرناه.

(١٢٨) يخرجن: ت ح ٢، يخرجون: ق ٢ هـ.
(١٢٩) أدخلهن: ت، أدخلهم: ح ٢ ق ٢ هـ.
(١٣٠) بما ظهر: ت ح ٢ هـ، بظاهر: ق ٢.
(١٣١) يرد: ت ح ٢ هـ، يرجع: ق ٢.
(١٣٢) الآية: ١٣٠ ـ سورة الأنعام.

فصــل

وحكم هذه المسائل الخمس في لفظ العقب على ما ذكرناه في لفظ الولد سواء، إذ لا فرق عند أحد من العلماء بين لفظ العقب والولد في المعنى، وإنَّما اختلف الشيوخ في الذرية والنسل: فقيل إنهما بمنزلة الولد والعقب لا يدخل ولد البنات فيهما على مذهب مالك، وقيل إنهم يدخلون فيهما؛ وفرق ابن العطار رحمه الله بين الذرية والنسل: فقال إن النسل بمنزلة الولد والعقب لا يدخل فيه ولد البنات ـ إلا أن يقول المحبس نسلي ونسل نسلي على ما ذهب إليه في لفظ التعقيب؛ وقد بينا أن ذلك لا يصح على مذهب مالك، وأن الذرية يدخل فيها ولد البنات؛ واحتج لذلك بقول الله عزَّ وجلَّ ـ وقوله الحق: ﴿ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ ـ إلى قوله تعالى: ﴿ وَعِيسَى ﴾[١٣٣]، فجعله من ذرية إبراهيم ـ ﷺ ـ وهو من أولاد البنات، إذ لا أب له؛ وهو احتجاج صحيح في أن ولد بنت الرجل من ذريته، وكذلك يقول أيضاً إنه من نسله، وأنه من عقبه، كما أنه من ولده؛ خلاف ما ذهب إليه ابن العطار في ذلك، وقد بينا وجه إخراج مالك رحمه الله ولد البنات من الحبس المعقب مع كونهم من الأبناء والأعقاب؛ ومن أهل العلم من ذهب إلى أن ولد بنت الرجل ليس من ذريته، وضعف الاحتجاج بهذه الآية على أن ولد الابنة من الذرية ـ بأن قال إن عيسى ـ ﷺ ـ لما لم يكن له أب، قامت له الأم مقام الأب والأم، فكان من ذرية جده للأم إبراهيم ﷺ؛ بخلاف غيره ممن له أب وهذا غير صحيح، لأن عيسى ـ ﷺ ـ إذا كان من ذرية جده للأم من جهة أمه خاصة إذ لم يكن له أب، فغيره من الناس هو من ذرية جده للأم من جهة أمه، ومن ذرية أبيه وجده لأبيه من جهة أبيه؛ إذ له أب، لأن كون عيسى ـ عليه السلام ـ مخلوقاً في بطن أمه من غير مباشرة ذكر، لا يزيدها مزية في الاختصاص به على من خلق الله ولدها في بطنها بمباشرة ذكر ـ على ما أجرى به العادة، ولا ينتفي[١٣٤] أن يكون من ذرية جده لأم[١٣٥] من جهة حمل أمه إياه ووضعه بكونه من ذرية أبيه وجده لأبيه إذا كان له أب.

---

(١٣٣) الآية: ٨٤ ـ من نفس السورة.

(١٣٤) ينتفي: ق٢ هـ، ينبغي: ت.

(١٣٥) للأم: ت ح ٢ هـ، لأم: ق٢.

فصــل

وأما لفظ البنين في قوله: حبست على بني[136] أو على بني[137] وبني بني، أو على بني[138] وبنيهم؛ فالحكم في ذلك كالحكم في لفظ الولد والعقب على القول بأن لفظ جمع المذكر يدخل فيه المؤنث، وعلى القول بأنهن لا يدخلن فيه ينفرد الذكران من بنيه وبني بنيه بالحبس دون الإناث. وأما إذا قال حبست على بني ذكورهم وإناثهم ـ سماهم أو لم يسمهم، وعلى أعقابهم؛ فالحكم في ذلك على ما ذكرته في الولد والعقب، وبالله التوفيق.

فصــل

وأما الصدقة فلا تخلو أيضاً من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يتصدق بداره أو عقاره على معينين.

والثاني: أن يتصدق بها[139] على مجهولين غير معينين ولا محصورين.

والثالث: أن يتصدق بها على محصورين غير معينين.

فأما الوجه الأول وهو أن يتصدق بذلك على معينين مثل أن يقول هذه الدار صدقة على فلان، فهذا لا اختلاف فيه أنها لفلان ملكاً يبيعها ويهبها وتورث عنه.

وأما الوجه الثاني وهو أن يتصدق على غير معينين ولا محصورين[140] مثل أن يقول هذه الدار صدقة على المساكين أو في السبيل أو على بني زهرة أو على بني تميم، فإنها تباع ويتصدق بها على المساكين على قدر الاجتهاد، إلا أن يقول ـ صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها، فتكون حبساً على المساكين للسكنى والاستغلال[141]، ولا تباع.

---

(١٣٦) بني: ح ٢ ق ٢ هـ، ابني: ت.

(١٣٧) جملة (أو على بني) ساقطة في ق ٢.

(١٣٨) جملة (أو على بني) ـ الثانية ـ ساقطة في هـ.

(١٣٩) بها: ح ٢ ق ٢، بهما: ت هـ.

(١٤٠) غير معينين ولا محصورين: ح ٢ ق ٢ هـ، غير محصورين ولا معينين: ت.

(١٤١) والاستغلال: ت ح ٢ هـ، أو الاستغلال: ق ٢.

وأما الوجه الثالث وهو أن يتصدق بذلك على غير المعينين إلا أنهم محصورون، مثل أن يقول داري صدقة على فلان وعقبه، واختلف هل ترجع بعد انقراض العقب بمرجع الأحباس على أقرب الناس بالمحبس، أو تكون لآخر العقب ملكاً مطلقاً على قولين: روى أشهب عن مالك أنها تكون لآخر العقب ملكاً مطلقاً[١٤٢]، وحكى ابن عبدوس أنها ترجع بمرجع الأحباس - وهو قول مالك وبعض رجاله في المدونة؛ وقد قيل في المسألة قول ثالث إن ذلك إعمار وترجع بعد انقراض العقب إلى المتصدق ملكاً؛ وأما إن جمع الأمرين فقال: حبساً صدقة، فلا اختلاف أنها تكون صدقة محرمة، ولا ترجع لآخر العقب ملكاً مطلقاً، وقد أخبرتك باختلاف قول مالك إذا جمع اللفظين جميعاً في معنيين، وبالله التوفيق.

---

(١٤٢) عبارة (روى أشهب. . . مالكاً مطلقاً): ساقطة في ت.

كتاب الهبات

فصل في تقسيم الهبات

روي عن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه أنه قال: المواهب ثلاثة: موهبة يراد بها وجه الله.

وموهبة يراد بها وجوه الناس.

وموهبة يراد بها الثواب؛ فموهبة الثواب يرجع فيها صاحبها إذا لم يثب منها.

فصل[1]

وهذا كما قال ـ رضي الله عنه ـ أن للواهب بهبته ما نوى بها[2] وقصد فيها، وأنه لا يخلو في هبته من ثلاثة أحوال: أحدها: أن يريد بها[3] وجه الله ويبتغي عليها الثواب منه.

والثاني أن يريد بها وجوه الناس رياء ليحمدوه عليها، ويثنوا عليه من أجلها.

والثالث: أن يريد بها الثواب من الموهوب له، قال رسول الله ﷺ: «الأعمال[4] بالنيات، وإنما لكل امريء ما نوى؛ فمن كانت هجرته إلى الله

---

(١) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٢) كلمة (بها)، ساقطة في ق ٢.

(٣) عبارة (وأنه لا يخلو. . . يريد بها) ـ ساقطة في ق ٢.

(٤) هكذا في سائر النسخ (الأعمال) ـ وهي رواية ابن حبان في صحيحه ـ انظر شرح الشبرخيتي على=

ورسوله» ـ الحديث[٥]. فأما إذا أراد بهبته وجه الله وابتغى عليها الثواب من عنده، فله ذلك عند الله بفضله ورحمته؛ قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ ﴾[٦]، وقال: ﴿ إِنْ تُقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً يُضَاعِفْهُ لَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ وَاللَّهُ شَكُورٌ حَلِيمٌ ﴾[٧]، وقال: ﴿ مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً فَيُضَاعِفَهُ لَهُ وَلَهُ أَجْرٌ كَرِيم ﴾[٨]، وقال: ﴿ مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافاً كَثِيرة ﴾[٩]، ويروى أن هذه الآية نزلت في أبي الدحداح تصدق بحديقة له فأعطاه الله في الجنة ألفي ألف حديقة. وأما من[١٠] أراد بهبته وجوه الناس رياء ليحمدوه عليها ويثنوا عليه من أجلها، فلا منفعة له في هبته: لا ثواب في الدنيا ولا أجر في الأخرى؛ قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالأَذَى كَالَّذِي يُنْفِقُ مَالَهُ رِئَاءَ النَّاس ، وَلَا يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ، فَمَثَلُهُ كَمَثَلِ صَفْوَانٍ عَلَيْهِ تُرَابٌ فَأَصَابَهُ وَابِلٌ فَتَرَكَهُ صَلْداً، لَا يَقْدِرُونَ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا كَسَبُوا، وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِين ﴾[١١]. وأما من أراد بهبته الثواب من الموهوب له فله ما أراد من هبته، وله أن يرجع فيها ما لم يثب منها بقيمتها على مذهب ابن القاسم، أو ما لم يرض منها بأزيد من قيمتها ـ على ظاهر قول عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه؛ ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب، فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض منها؛ وهو[١٢] قول مطرف في الواضحة أن الهبة ما كانت قائمة العين وإن زادت أو نقصت فللواهب الرجوع فيها وإن أثابه الموهوب له فيها أكثر من قيمتها.

= الأربعين النووية ص ٥١.

(٥) وهو حديث متفق عليه.

(٦) الآية: ٣٩ ـ سورة الروم.

(٧) الآية: ١٧ ـ سورة التغابن.

(٨) الآية: ١١ ـ سورة الحديد.

(٩) الآية: ٢٤٥ ـ سورة البقرة.

(١٠) من: ح ٢ ق ٢، إن: ت، إذا: هـ.

(١١) الآية: ٢٦٤ ـ سورة البقرة.

(١٢) وهو: ح ٢ ق ٢ هـ، وهذا: ت.

فصـــل

وأصل جواز الهبة للثواب قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِبًى لِتَرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ ، فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ** ﴾[١٣]، ويقرأ: ﴿ **وَمَا أُوْتِيتُمْ مِنْ رِبًى لِيُرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ** ﴾. والقراءتان متقاربتان[١٤] في المعنى، وهو أن يعطي الرجل الرجل الشيء ليعطيه أكثر منه، فلما أخبر الله عزَّ وجلَّ أن من أعطى عطية يبتغي بها النماء والزيادة ـ في ماله من مال المعطى، أن ذلك لا يربو عنده[١٥] ولا يزكو لربه، دل ذلك على أنه ليس له بعطية إلا ما قصد بها من الزيادة في ماله والثواب من المعطى لا من الله عزَّ وجلَّ، وأن ذلك جائز؛ فليس[١٦] لمن أعطى عطاء للثواب في عطيته أجر، ولا عليه فيها وزر؛ لأنها بيع من البيوع، فهي من قبيل الجائز المباح، لا من قبيل المندُوب إليه والمرغوب فيه.

فصـــل

وهذا مما أباحه الله تبارك وتعالى لعباده المؤمنين، وحرمه على نبيه سيد المرسلين ـ إكراماً له، وتنزيهاً وترفيعاً به[١٧] وتنويهاً، فقال تعالى: ﴿ **وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرْ** ﴾[١٨]، أي لا تعط لتعطى أكثر منه، لأن ذلك تعريض بالمسألة والمسألة مكروهة مذمومة، قال رسول الله ﷺ: «**وَالذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلَهُ فَيَحْتَطِبَ**[١٩] **عَلَى ظَهْرِهِ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْتِيَ رَجُلًا أَعْطَاهُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ فَيَسْأَلَهُ أَعْطَاهُ أَوْ مَنَعَهُ**»[٢٠]، وقال ـ ﷺ ـ: «**الْمَسَائِلُ كُدُوحٌ يَكْدَحُ بِهَا الرَّجُلُ وَجْهَهُ، فَمَنْ شَاءَ أَبْقَى عَلَى وَجْهِهِ، وَمَنْ شَاءَ تَرَكَ، إِلَّا أَنْ يَسْأَلَ ذَا سُلْطَانٍ فِي أَمْرٍ لَا يَجِدُ**

---

(١٣) الآية: ٣٩ ـ سورة الروم ـ ومرت الإشارة إليها آنفاً.

(١٤) متقاربتان: ح ٢ ق ٢ هـ، متفقتان: ت.

(١٥) عنده: ح ٢ ق ٢ هـ، عند الله: ت.

(١٦) فليس: ق ٢ هـ، وليس: ت ح ٢.

(١٧) به: ق ٢ هـ، له: ت ح ٢.

(١٨) الآية: ٦ ـ سورة المدثر.

(١٩) فيحتطب: ت هـ، فيحطب: ح ٢ ق ٢.

(٢٠) رواه البخاري وابن ماجه، انظر الترغيب والترهيب للمنذري ٥٩٢/١.

مِنْهُ بُدّاً»[21]، وقال: «مَا يَـزالُ ٱلرَّجُلُ يَسْأَلُ النَّاسَ حَتّى يَأْتِي يَوْمَ ٱلْقِيَامَةِ وَلَيْسَ فِي وَجْهِهِ مُزْعَةُ لَحْمٍ»[22]، ولأن الزائد أيضاً على قيمة هبته من ناحية الصدقة التي لا تحل له. وقد قيل في معنى قوله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرْ ﴾، أن معنى ذلك: ولا تمنن بعطيتك وعملك ولا تستكثره، هذا قول الحسن فعلى هذا يكون الخطاب للنبي عليه السلام. والمراد به أمته؛ وقال مجاهد بل معناه لا تضعف عن الخير أن تستكثر منه، فوجه معنى لا تمنن: أي لا تضعف، من قول العرب حبل منين ـ إذا كان ضعيفاً. وقال زيد: إن[23] لا تمنن بالنبوة والقرآن على الناس تأخذ عليه منهم[24] أجراً وعرضاً من الدنيا، وما قدمناه أكثر وأولى.

فصـــل

والهبة للثواب لا تخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يهب على ثواب يرجوه ولا يسميه ولا يشترطه.

والثاني: أن يهب على ثواب يشترطه ولا يسميه.

والثالث: أن يهب على ثواب يسميه ولا يشترطه.

فأما الوجه الأول ـ وهو أن يهب على ثواب يرجوه ولا يسميه ولا يشترطه ـ فهو على مذهب ابن القاسم كنكاح التفويض يكون الموهوب له مخيراً ما كانت الهبة قائمة لم تفت بين أن يثيبه ما يكون فيه وفاء بقيمة الهبة، أو يردها عليه؛ ولا تجب عليه القيمة إلا بالفوت؛ وعلى قول مطرف وروايته عن مالك وظاهر قول عمر بن الخطاب: لا يلزم الواهب الرضى بقيمة الهبة إلا بعد فواتها بذهاب عينها، كقول ابن الماجشون في الذي يتزوج المرأة ـ على حكمها ـ أنه لا يلزمها الرضى بصداق المثل إلا بعد الدخول، خلاف مذهب ابن القاسم وابن عبد الحكم واصبغ في قولهم إنه يلزمها الرضى بصداق المثل إذا فرضه لها كالتفويض سواء.

---

(٢١) رواه أبو داود والنسائي والترمذي من حديث سمرة بن جندب ـ المرجع السابق ٥٧٢/١.

(٢٢) حديث متفق عليه ـ نفس المصدر.

(٢٣) وقال زيد إن المعنى: ح ٢ ق ٢، وقال ابن أبي زيد ت هـ.

(٢٤) تأخذ عليه منهم أجراً: ق ٢ هـ، وتأخذ منهم أجراً: ت، ممحوة في ح ٢.

فصل

وقد اختلف في الفوت الذي يلزم به الموهوب له القيمة على أربعة أقوال:

أحدها: أن القبض فوت يوجب القيمة على الموهوب له وهو قول مالك في رواية ابن الماجشون عنه أن القبض فوت يوجب القيمة فيها وليس له أن يردها إلا عن تراضٍ منهما جميعاً.

والثاني: قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز أن حوالة الأسواق فوت.

والثالث: أنه لا يكون فيها فوت إلا بالزيادة أو النقصان وهو قول ابن القاسم في المدونة وإحدى روايتي عيسى عنه في العتبية.

والرابع: أنه لا يكون فيها فوت، إلا بالنقصان، وأما الزيادة فليست بفوت وهو قول ابن القاسم في إحدى روايتي عيسى عنه في العتبية.

فصل

واختلف أيضاً فيما يلزم الواهب به[٢٥] أخذ القيمة من الموهوب له إذا بذلها ولا يكون له أن يسترد هبته إذا لم يرض منها على أربعة أقوال:

أحدها: أن الهبة توجب على الواهب قبض القيمة فيها من الموهوب له إذا بذلها له وإن لم يقبض الهبة، وهذا على قياس القول بِأن الواهب يلزمه دفع الهبة ولا يكون من حقه أن يمسكها[٢٦] حتى يقبض الثواب فيها، خلاف ما في المدونة: أن من حقه أن يمسك هبته حتى يقبض الثواب[٢٧].

والثاني: أنه القبض وهو المشهور من قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها.

والثالث: أنه التغير بزيادة أو نقصان. وهو قوله في كتاب الشفعة من المدونة.

---

(٢٥) الواهب به أخذ: ق ٢ هـ، الواهب في أخذ: ت.

(٢٦) يمسكها: ت هـ، يمسك هبته: ق ٢.

(٢٧) عبارة (فيها خلاف ما في المدونة.. حتى يقبض الثواب)، ساقطة في ق ٢.

والرابع: أنه فوات العين جملة بموت أو استهلاك أو تفويت بعتق أو غيره! وأما إن تلف بعضها أو جلها فله أن يأخذ الباقي منها إلا أن يرضى من هبته،

ولا اختلاف إذا تلفت عينها عند الموهوب له أو أفاتها باستهلاك أو عتق ـ أن القيمة لازمة له: قيل يوم الهبة، وقيل يوم القبض.

فصـــل

واختلف هل يلزم الواهب للثواب دفع الهبة قبل أن يقبض الثواب أم لا يلزمه أن يسلمها حتى يقبض ثوابه[٢٨] على قولين:

أحدهما: أن ذلك كالبيع وللواهب أن يمسك هبته حتى يقبض ثوابه ـ وهو نص ما في كتاب الهبة من المدونة.

والثاني: أن ذلك ليس له، لأنه مكارمة مخالفة للبيع في ذلك.

فصـــل

فإذا قلنا إن الواهب يلزمه تسليم الهبة قبل أن يقبض الثواب فضمانها بعقد الهبة من الموهوب له على كل حال ولا يدخل فيها من الاختلاف ما يدخل في[٢٩] المحبوسة بالثمن وتلزمه القيمة إن فاتت يوم الهبة لا يوم القبض باتفاق؛ وأما إذا قلنا إنه لا يلزمه تسليم[٣٠] الهبة، وأن له أن يمسكها بالثواب؛ فالاختلاف في مصيبتها ممن تكون قبل القبض. كالاختلاف في المحبوسة بالثمن؛ فقيل إنها من البائع على كل حال وأن عليه[٣١] فيها حق توفية. وقيل إن ضمانها من المشتري إن عرف هلاكها بالبينة، وإن لم يعرف ذلك وادعاه البائع لم يصدق في ذلك كالرهن ـ وهو مذهب ابن القاسم، وقيل إن ضمانها على كل حال مِن المشتري بالعقد؛ وإن لم يعرف هلاكها فالبائع مصدق في دعواه إياه ـ وهو أحد قولي مالك في كتاب العيوب

(٢٨) ثوابه: ق ٢ هـ، الثواب: ت.
(٢٩) كلمة (في) ساقطة في ت.
(٣٠) يلزمه تسليم: ت هـ، يلزمه من تسليم ـ بزيادة (من): ق ٢.
(٣١) وأن عليه: ق ٢ هـ، وإن كان عليه: ت.

من المدونة؛ وعلى هذا يأتي غير قول ابن القاسم في كتاب الرواحل والدواب في دعوى البائع هلاك ما اشترط الانتفاع به في البيع ـ إنه مصدق وقد تأول فيه غير هذا التأويل أن البائع إنما صدق في دعواه التلف على مذهب من يرى أن المستثنى ليس بمبقى على ملك البائع، وأنه بمنزلة المشترى؛ فكأنهما انفصلا وبان المشتري بالسلعة ثم اكتراها منه البائع بعد ذلك، فوجب أن يصدق في دعواه تلف ما اكتراه، وليس هذا بصحيح؛ لأنهما لو كانا قد انفصلا لجاز أن يشترط منفعة[٣٢] شهر وأكثر، وهو لم يجز ذلك إلا فيما قل كاليوم واليومين.

فصـــل

ويختلف أيضاً[٣٣] على هذا المعنى[٣٤] متى تكون القيمة فيها إذا فاتت فقيل يوم الهبة وهو قول مالك في سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات، وقول ابن القاسم في سماع عيسى وأصبغ من الكتاب المذكور، ومثله في آثار كتاب الحبس من المدونة؛ وقيل يوم القبض وهو قول مالك في موطئه، ومثله في كتاب الشفعة من المدونة؛ والاختلاف في هذا جار على اختلافهم[٣٥] في الضمان، وقد تقدم ذكر ذلك؛ واختار محمد بن المواز أن تكون القيمة يوم القبض، إلا أنه اعتل في ذلك بعلة غير صحيحة على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك فقال: إنه بالخيار في ردها قبل أن يقبضها، لأنه بالخيار أيضاً على مذهب ابن القاسم في ردها بعد قبضها[٣٦] ما لم تفت فيلزم على تعليله أن تكون القيمة عليه فيها يوم الفوت، وهذا ما لم يقولوه ولا يوجد لهم؛ ولو قيل، لكان له وجه، وهو القياس على الذي يشتري السلعة على أنه فيها بالخيار؛ وإنما يستقيم قول ابن المواز[٣٧] على قياس رواية ابن الماجشون عن مالك في أن القيمة تلزم الموهوب له بقبض

---

(٣٢) منفعة: ق ٢ هـ، منفعته: ت.
(٣٣) فصل ويختلف أيضاً على: ت ح ٢ ق ٢، ويختلف على ـ بإسقاط كلمتي فصل وأيضاً ـ: هـ.
(٣٤) على هذا المعنى: ت، على هذا القول: ق ٢، على القول: هـ ـ ممحوة في ح.
(٣٥) اختلافهم: ق ٢ هـ، الاختلاف: ت.
(٣٦) قبضها: ق ٢ هـ، أن يقبضها: ت.
(٣٧) ابن المواز: ق ٢ هـ، ابن القاسم: ت.

الهبة، ويلزم الواهب أخذها، ولا ترجع إلى الواهب إلا برضاهما جميعاً، ووجه هذه الرواية أن الواهب لما دفع الهبة وقد كان من حقه ألا يدفعها حتى يثاب منها؛ فقد رضي بأخذ القيمة فيها؛ وأن الموهوب لما قبضها وقد كان له، ألا يقبل ولا يقبض فقد رضي بدفع القيمة فيها؛ ولو قيل إن الموهوب له تلزمه القيمة بالقبول، لكان قولًا له وجه، وهو القياس على البيع؛ لأن الهبة على الثواب بيع من البيوع؛ والصحيح على مذهب ابن القاسم ما روي عن عيسى، وأصبغ ـ أن القيمة تكون عليه يوم الهبة؛ لأن مذهبه أن السلعة المبيعة تدخل بالعقد في ضمان المشتري، وتكون مصيبتها منه إذا عرف هلاكها بالبينة.

فصـــل

وللموهوب له أن يثيب على الهبة للثواب بما شاء من العروض ما لم تكن من العروض التي لا يتعاطاها الناس فيما بينهم في الثواب، كالحطب والتبن، وما أشبه ذلك؛ وسواء على مذهب ابن القاسم كان ذلك قبل الفوات أو بعده ـ إذ لم يفرق بين ذلك في المدونة؛ ولو كان ذلك عنده يفترق لبينه ـ والله أعلم، وقال سحنون: له أن يثيبه[٣٨] بما شاء من العروض ـ إذا كان فيه وفاء بالقيمة؛ وقال أشهب: ليس له أن يعطي في الثواب إلا الدنانير والدراهم، إلا أن يتراضيا على غير ذلك؛ فإن تراضيا عليه، فينبغي ألا يجوز على مذهبه إلا بعد معرفتهما بالقيمة.

فصـــل

فإن تمت الهبة فأراد الموهوب له ردها وأبى الواهب، جرى ذلك على اختلاف قول ابن القاسم في النماء: هل هو فوت أم لا؟ فلا[٣٩] يجب ذلك له على القول الذي يرى النماء فيه فوتاً وإن كان مذهبه أن له أن يثيب العروض بعد الفوات[٤٠]، فالفرق بين السؤالين أن الواهب إنما دفع ليعطي غيره متى رضي به أو فات لا ليعطى هو، ويجب ذلك له على القول الذي لا يرى النماء فوتاً، وهو قول أشهب وإحدى روايتي عيسى عن ابن القاسم.

(٣٨) يثيبه: ق ٢ هـ، يثيب: ت.

(٣٩) فلا يجب: ق ٢ هـ، فيجب: ت.

فصـــل

وقد اختلف قول محمد بـن المواز في أخذها بعد الفوت هل يحتاج إلى معرفة القيمة في ذلك أم لا، والصواب ألا بد من معرفة القيمة في أخذها بعد الفوت على مذهب ابن القاسم، إذ ليس له أن يردها بعينها على مذهبه إلا بتراضيهما على ذلك؛ وأما في أخذ غيرها بعد الفوت، فلا يحتاج فيه إلى معرفة القيمة ـ إذا قلنا إن له أن يثيب العروض بعد الفوات[٤١] على ما تأولناه[٤٢] على مذهبه، وإن قلنا إنه ليس له أن يثيب العروض بعد الفوات[٤٣]، إلا بتراضيهما على ذلك، فلا بد من معرفة القيمة، فهذا الذي ينبغي أن يقال في المسألة، ولا معنى لاختـلاف قول محمد بن المواز في إيجاب معرفة القيمة في ردها بعينها بعد الفوات[٤٣] والله أعلم، وهذا إذا صدق الموهوب له الواهب في أنه أراد بهبته الثواب، وأما إن[٤٤] أكذبه في ذلك فلا يخلو الأمر من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يرى أنه إنما أراد بهبته الثواب.

والثاني: أن يرى أنه لم يرد بها الثواب.

والثالث: ألا يتبين مراده بها أن كانت للثواب أو لغير الثواب.

فأما إن رأى في أنه أراد بها الثوب، فحكمها حكم الهبة للثواب، وقد تقدم الكلام عليه.

وأما إن رأى أنه لم يرد بها الثواب، فلا ثواب له فيها.

وأما[٤٥] إن لم يتبين مراده بها، فالقول قوله أنه أراد بها الثواب قيل بيمين، وقيل بغير يمين ـ على ما سنبينه ـ إن شاء الله.

(٤٠) الفوات: ق ٢ هـ، الفوت: ت.
(٤١) الفوات: ت، الفوت: ق ٢ هـ.
(٤٢) تأولناه: ت هـ، تأولنا: ق ٢.
(٤٣ ـ ٤٣) الفوات: ق ٢ هـ، الفوت: ت.
(٤٤) إن: ق ٢ هـ، إذا: ت.
(٤٥) وأما إن لم يتبين: ح ٢ ق ٢، وأما إن تبين: هـ، وإن لم يتبين: ت.

فصـــل

ومما يتبين به مراده من ذلك مما لا يتبين يحتاج إلى بيان وتقسيم، وتفصيل ذلك أن الهبة لا تخلو من أربعة أوجه:

أحدها: أن يقصد بها وجه الله تعالى.

والثاني: أن يقصد بها وجوه الناس.

والثالث: أن يقصد بها وجه الموهوب له.

والرابع: أن يريد بها وجه الله ووجه الموهوب له.

فأما إذا قصد بهبته وجه الله تعالى وعلم ذلك بإقراره على نفسه، أو تبين ذلك من قصده، مثل أن يهب الغني للفقير، أو يهب لصلة رحم محتاجة، وما أشبه ذلك؛ فحكمها حكم الصدقة لا ثواب فيها ولا اعتصار ولا رجوع؛ وكذلك إذا قصد بهبته وجوه الناس إلا أنه لا أجر له في هبته، لقول النبي عليه السلام: «**إِنَّمـا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ آمْرِىءٍ مَا نَوَى فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى آللَّهِ وَرَسُولِهِ، فَهِجْرَتُهُ إِلَى آللَّهِ وَرَسُولِـهِ**»...[٤٦] الحديث. وأما إذا أراد بهبته وجه الله تعالى ووجه الموهوب له. وذلك مثل أن يهب هبة على غير وجه صدقة ولا صلة رحم، فيقول فيها لله أو لوجه الله، فلا ثواب له فيها ولا اعتصار إلا أن يشترط ذلك؛ وقيل[٤٧] إن له الاعتصار دون شرط إذا كانت الهبة لمن يصح منه الاعتصار.

وأما إذا قصد بها وجه الموهوب له ـ وذلك مثل أن يهب هبة مرسلة على غير وجه صدقة ولا صلة رحم، فإنها تنقسم على خمسة أقسام:

أحدها: أن يريد بها وجه الموهوب له لمحبته إياه ومودته له.

والثاني: أن يريد بها وجهه ليستجر مودته ومحبته.

والثالث: أن يريد بها وجهه ليتأكد ما بينهما من المودة والمحبة[٤٨].

---

(٤٦) مر تخريجه.

(٤٧) وقيل: ق ٢ هـ، وقد قيل: ت ح ٢.

(٤٨) المودة والمحبة: ت ح ٢ هـ، المحبة والمودة: ق ٢.

والرابع: أن يريد بها التودد والمكافأة.

والخامس: أن لا يتبين أن كان قصد بها مجرد التودد إلى الموهوب له دون المكافآت أو قصد بها الوجهين جميعاً.

فأما إذا أراد بهبته وجه الموهوب له لمحبته إياه ومودته له وعلم ذلك بإقراره به على نفسه، أو تبين ذلك من قصده ـ مثل أن يهب الوالد لولده، أو يهب الرجل الهبة للعالم، أو للرجل الصالح، وما أشبه ذلك مما يعلم[٤٩] بالعرف الجاري أنه إنما وهبه لمحبته فيه، أو لمكانه من العلم والخير والصلاح، أو[٥٠] أراد بها وجه الموهوب له ليستجر بذلك مودته ومحبته وعلم ذلك بإقراره به على نفسه أو تبين ذلك من قصده مثل أن يقدم الرجل من سفره فيهدي له جاره الشيء يتحفه به مثل الفاكهة وما أشبه ذلك، أو يقدم الرجل من سفره[٥١] فيهدي لجيرانه وإخوانه مما جلبه من تحف البلاد التي قدم منها، وما أشبه ذلك مما يعلم بالعرف الجاري فيه أن أحداً لا يريد بذلك ثواباً، وإنما يفعله للتودد والتحبب ـ كالسلطان يهب لبعض رعيته؛ فهذان الوجهان لا ثواب فيهما إلا أن يشترط الثواب، فإن[٥٢] لم يشترطه وادعى أنه أراده لم يصدق، وإن ادعى أنه اشترطه على الموهوب له، كان له أن يحلفه، فإن نكل عن اليمين حلف هو واستحق العوض.

فصـــل

وأما إذا أراد بهبته وجه الموهوب له ليتأكد ما بينهما من المودة والمحبة وأقر بذلك على نفسه أيضاً أو علم[٥٤] ذلك من قصده مثل أن يهب أحد الزوجين

---

(٤٩) يعلم: ق ٢ هـ، يعرف: ت.
(٥٠) أو أراد: ح ٢ ق ٢ هـ، وأما إن أراد: ت.
(٥١) عبارة (فيهدي له جاره. . من سفره)، ساقطة في ت.
(٥٢) فإن لم: ق ٢، وأما إن لم: ت.
(٥٣) كلمة (فصل)، ساقطة في ت.
(٥٤) أو علم: ح ٢ ق ٢ هـ، وعلم: ت.

لصاحبه، أو الولد لوالده، فيعلم بالعرف الجاري أن القصد بذلك تأكيد التودد لما بينهما مما يقتضي حاجتهما إلى التودد، فهذا الوجه اختلف فيه إن ادعى الواهب أنه أراد بذلك الثواب والمكافأة على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يصدق إلا أن يظهر من صورة الحال ما يدل على صدقه، وهذا نص قوله في المدونة.

والثاني: أنه لا يصدق ولا يكون له الثواب إلا أن يشترطه وهو ظاهر قول ربيعة في المدونة، وقول مالك الذي يتلوه لقول سحنون، وقال مالك والليث مثله.

والثالث: أنه يصدق وإن لم يظهر ما يدل على صدقه وهذا القول حكاه عبد الوهاب في المعونة(٥٥).

فصل(٥٦)

فإذا صدق في هذا الوجه على مذهب من يصدقه فيه، فإنما يصدق باليمين، فإن نكل عن اليمين، لم يكن له ثواب ولم يحلف الموهوب له؛ ولو ادعى أنه اشترط الثواب على هذا القول ـ ونكل عن اليمين، لرجعت اليمين على الموهوب له! فإن حلف بريء وإن نكل لزمه الثواب وأما على القول الذي لا يصدق فيه ولا يكون له الثواب إلا أن يشترطه، فإن ادعى الشرط ولم تكن له بينة، حلف الموهوب له وسقط عنه الثواب؛ فإن نكل حلف الواهب واستحق الثواب؛ وأما على القول الذي لا يصدق فيه ولا يكون له الثواب إلا أن يظهر من صورة الحال ما يدل على صدقه، فيتخرج إيجاب اليمين عليه إن ظهر من صورة الحال ما يدل على صدقه على قولين.

فصل

وأما القسم الرابع وهو أن يريد بهبته التودد والمكافأة ـ ويظهر ذلك من قصده

---

(٥٥) المعونة: ت، المدونة: ق ٢ هـ، ممحوة في ح ٢.

(٥٦) كلمة (فصل)، ساقطة في ت.

وفعله، مثل أن يهب الفقير للغني هبة مبتدأة على غير سبب، فيدل ذلك من فعله على أنه أراد به الثواب من عنده، فهذا له الثواب إن ادعاه دون يمين.

فصـــل

وأما القسم الخامس ـ وهو الأبين أن كان أراد بهبته مجرد التودد دون المكافأة، أو قصد الوجهين جميعاً، وذلك مثل هبة النظراء والأكفاء من أهل الوفر والغناء ـ بعضهم لبعض ـ كانوا أجنبيين أو أقرباء؛ فهذا الوجه قال فيه في المدونة: إن القول قول الواهب ـ ولم يبين أن كان بيمين أو بغير يمين، واختلف الشيوخ في تأويل ذلك؛ فمنهم من قال معناه بيمين، ومنهم من قال بغير يمين، والذي أقول به أن ذلك ينقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقول أردت ذلك ولم اشترطه.

والثاني: أن يقول اشترطت ذلك على الموهوب له فيقول الموهوب له لم تشترط عليّ شيئاً.

والثالث: أن يقول الواهب اشترطت عليك الثواب ويقول الموهوب له بل بينت وذكرت أنه لا ثواب لك علي.

فأما إذا قال أردت ذلك، ولم اشترطه فيجري ذلك على الاختلاف في يمين التهمة: هل تتعلق دون تحقيق الدعوى أم لا.

وأما إذا قال: اشترطت ذلك على الموهوب له، وقال الموهوب له لم تشترط عليّ شيئاً فلا يلزمه اليمين على القول الذي يوجب عليه اليمين في التهمة إلا بعد أن يحلف الموهوب له أنه ما اشترط عليه الثواب، فإن نكل عن اليمين لم يلزم الواهب يمين، وكان له الثواب دون أن يحلف؛ وأما على القول الذي لا يوجب عليه يميناً في التهمة، فلا يحلف بوجه.

وأما إن قال: اشترطت عليك الثواب، وقال الموهوب له بل بينت ألّا ثواب

لك علي فيها[٥٧] فالقول قول الواهب مع يمينه أنه اشترط عليه الثواب، فإن نكل كان القول قول الموهوب له أنه بين له أن لا ثواب عليه، فإن نكل عن اليمين كان للواهب الثواب دون يمين ـ على حكم المدعي والمدعى عليه، وبالله التوفيق لا شريك له.

فصـــل

وأما الوجه الثاني من تقاسيم الهبة للثواب وهو أن يشترط الثواب ولا يسميه، فقيل إنه كالهبة التي يُرى أنه أراد بها الثواب، وقيل إن ذلك غرر لا يجوز لأنه قد باع منه السلعة بقيمتها ـ قاله ابن الماجشون، والأول قول أصبغ ـ وهو مذهب ابن القاسم.

وأما الوجه الثالث ـ وهو أن يشترط الثواب ويسميه، فهو بيع من البيوع يحله ما يحل البيوع ويحرمه ما يحرم البيوع، وبالله تعالى التوفيق.

(٥٧) كلمة (فيها)، ساقطة في ق ٢.

كتاب الوديعة

الوديعة أمانة، والمودع مؤتمن؛ والأمانة أمانتان: أمانة بين العبد وخالقه، وأمانة بين المخلوقين.

فأما الأمانة التي بين العبد وخالقه، فهي الأمانة في الدين عرضها الله على السماوات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها، وحملها الإنسان ـ أي آدم[1] ـ ﷺ، فحملها ولده بعده ـ وهي الفرائض التي افترضها الله على عباده، عرضها ـ تعالى ـ على السماوات والأرض والجبال على أنها إن أحسنت أثيبت، وإن ضيعت عوقبت؛ فأبت حملها شفقاً منها وخوفاً ألَّا تقوم بالواجب لله فيها؛ وحملها آدم إنه كان ظلوماً لنفسه، جهولاً بالذي فيه الحظ له، وجهولاً بأمر ربه؛ وذلك أنه لما قبلها بما فيها، ما كان إلا ما بين صلاة العصر ـ إلى الليل من ذلك اليوم حتى أصاب الخطيئة؛ وهي[2] السرائر التي قال الله تعالى فيها:[3] ﴿ **يَوْمَ تُبْلَى ٱلسَّرَائِرُ فَمَا لَهُ مِنْ قُوَّةٍ وَلَا نَاصِرٍ** ﴾[4].

وسئل مالك ـ رحمه الله ـ فقيل له: أبلغك أن الوضوء من السرائر؟ فقال: نعم، الوضوء من السرائر؛ وقد بلغني ذلك فيما يقول الناس؛ فأما حديث أحدثه

---

(١) يشير إلى قوله ـ تعالى ـ: ﴿ **إنا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض** ﴾ ـ الآية: ٧٠ سورة الأحزاب.

(٢) وهي: ق ٢ هـ، وهن: ت.

(٣) فيها: ق ٢، فيهن: ت.

(٤) الآية: ٩ ـ سورة طارق.

فلا، والصلاة من السرائر[٥] ـ إن شاء[٦] قال: صليت ولم يصل؛ ومن السرائر ما في القلوب يجزي الله بها[٧] العباد؛ ومن ذلك قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **وَإِنْ تُبْدُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ** ﴾[٨].

فصــل

وأما الأمانة التي بين المخلوقين، فهي الودائع وما أشبهها من الأمانات التي يأتمن الناس بعضهم بعضاً فيها؛ قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ** ﴾[٩]. وقال: ﴿ **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا** ﴾[١٠]. وقال: ﴿ **فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ** ﴾[١١] وقال: ﴿ **وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ، وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِماً** ﴾[١٢]. وقال رسول الله ﷺ: «**أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**»[١٣]، وأداء[١٤] الأمانات من علامات الإيمان وعمل المؤمنين. والخيانة من علامة النفاق وعمل الفساق؛ وقال رسول الله ﷺ: «**ثَلاثٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقاً خَالِصاً، وَمَنْ كَانَتْ فِيه خَصْلَةٌمِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدَعَهَا: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ،**

---

(٥) ثبت في ت زيادة (والصيام من السرائر) ـ ولم أثبتها في الصلب لأنها لا تتلاءم ـ مع ما بعدها: (إن سئل قال صليت..).

(٦) شاء: ق ٢ هـ، سئل: ت.

(٧) يجزي الله بها: ت، يجزي به الله: هـ، ممحوة في ق ٢.

(٨) الآية: ٢٨٤ ـ سورة البقرة.

(٩) الآية: ٢٧ ـ سورة الأنفال.

(١٠) الآية: ٥٨ ـ سورة النساء.

(١١) الآية: ٢٨٣ ـ سورة البقرة.

(١٢) الآية: ٧٥ ـ سورة آل عمران.

(١٣) رواه البخاري في التاريخ، وأبو داود والترمذي والحاكم من حديث أبي هريرة، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ج ١ / ٢٢٣.

(١٤) وأداء: ق ٢ هـ، فأداء: ت.

وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ، وَإِذَا أُؤْتُمِنَ خَانَ»[١٥]. وقال ﷺ: «**اكْفُلُوا لِي سِتَّ خِصَالٍ أَكْفُلْ لَكُمُ الْجَنَّةَ: إِذَا حَدَّثَ أَحَدُكُم فَلاَ يَكْذِبْ، وَإِذَا وَعَدَ فَلاَ يُخْلِفْ، وَإِذَا أُؤْتُمِنَ فَلاَ يَخُنْ، غُضُّوا أَبْصَارَكُمْ، وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ، وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ**»[١٦].

فصـــل

ولا تحل خيانة من خان، وقد اختلف فيمن استودع رجـلاً وديعة تجحده إياها ثم إنه استودعه وديعة أو ائتمنه على شيء هل يحل له أن فجحده فيها ويقتطعها لنفسه فيما جحده من وديعته: فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه في المدونة لا يجحده، قال ابن القاسم حسبت أنه قاله للحديث الذي جـاء: «**أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**». وروى أشهب عنه أنه قال: لا آمره بذلك، ولا آمره إلا بطاعة الله؛ وإن أردت أن تفعله، فأنت أعلم. وروى ابن وهب عن مالك أنه يأخذ إن لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين أخذ قدر ما يجب له في المحاصة؛ وزاد ابن نافع عنه إن أمن أن يحلف كاذباً. - يريد إن قبل منه أن يحلف ماله عندي حق - على ما في سماع أصبغ من كتاب النذور. وقال ابن شعبان تقبل منه يمينه أنه ماله عندي وديعة ولا غيرها بخلاف الحقوق الثابتة في الذمة من المبايعة والقرض، لأن الوديعة لا تلزم ذمته إلا بالتفريط، فما كان لا يلزم ذمته، فإنما يحلف على أقل ما يبرئه من فروعه؛ وذكر عن إياس بن معاوية أنه استحلف جاحد الوديعة ماله عندي وديعة ولا غيرها، قال ابن شعبان: وينبغي أن يزيد في يمين المستودع - مع هذا الذي حكم به إياس بن معاوية: ماله عندي[١٧] وديعة، ولا وجب له في ذمته حق - بسبب الوديعة التي يذكرها[١٨] - مخافة أن يكون فرط فيها فوجبت في ذمته، فإن حلف ماله عندي[١٩] وديعة، حلف على صدق؛ لأنها

---

(١٥) حديث متفق عليه، انظر الترغيب والترهيب ٤/١٠.

(١٦) رواه الطبراني في الكبير من حديث أبي أمامة.
انظر الفتح الكبير ١/٢٢٧ - ٢٢٨.

(١٧) عندي: ق ٢، عنده: ت هـ.

(١٨) يذكرها: ق ٢ هـ، ذكرها: ت.

(١٩) عندي: ق ٢ هـ، عنده: ت.

قد ذهبت بتفريط أو بغير تفريط، فما هي عنده؛ وقال ابن عبد الحكم له أن يأخذ ـ وإن كان عليه دين، وهو قول الشافعي؛ وهذا الاختلاف جار على اختلاف قول مالك في المدونة في إجازة رهن المديان وقضائه بعض غرمائه؛ وقال ابن الماجشون أرى له استعمال الحيلة بكل ما يقدر عليه حتى يأخذ حقه؛ ففي المسألة أربعة أقوال:

أحدها: المنع من الأخذ.

والثاني: الكراهية لذلك.

والثالث: الإباحة له.

والرابع: استحباب الأخذ ـ وهو قول ابن الماجشون كان عليه دين أو لم يكن؛ وقيل إنما هذا إذا لم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين لم يكن له أن يأخذ إلا قدر ما يجب له في المحاصة، وهو قول خامس في المسألة؛ وأظهر الأقاويل إباحة الأخذ، لأن رسول الله ﷺ أباح ذلك لهند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس لما شكت إليه أن زوجها أبا سفيان بن حرب لا يعطيها من الطعام ما يكفيها وولدها، فقال لها خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف؛ فقوله ﷺ بالمعروف معناه: أن تأخذ مقدار ما يجب لها ولا تتعدى فتأخذ أكثر مما يجب لها؛ وكذلك يتأول قوله ﷺ: «**ولا تخن من خانك**». أي لا تتعدى فتأخذ أكثر من الواجب لك فتكون قد خنته ـ أخرى، كما خانك هو أولاً؛ لأن[20] من أخذ حقه الواجب له، فليس بخائن بل فعل المعروف الذي أباحه رسول الله ﷺ لهند بنت عتبة، فعلى هذا يخرج الحديثان جميعاً ولا يحملان على التعارض، وقد كان الفقيه ابن رزق شيخنا ـ رضي الله عنه ـ يحدثنا أن هذا الحديث خرج على سؤال سئل النبي عليه السلام عن وطء امرأة ائتمنه عليها رجل قد كان هو ائتمن ذلك الرجل على امرأته فخانه فيها ووطئها، وكان يضعف الاحتجاج لقول مالك في هذه المسألة بعموم هذا الحديث، لهذا المعنى الذي كان يذكره؛ وهذا الحديث وإن كان وارداً على سبب على ما كان يذكر ـ رحمه الله ـ فإنه عام مستقل بنفسه، وقد اختلف قول مالك

---

(٢٠) لأن من: ق ٢ هـ، فمن: ت.

ـ رحمه الله ـ في اللفظ العام الوارد على سبب: هل يقصر على سببه، أو يحمل على عمومه على قولين، الأصح منهما عند أكثر أصحابه العراقيين كإسماعيل القاضي، والقاضي أبي بكر وغيرهما أنه يحمل على عمومه، ولا يقصر على سببه ـ لأدلة كثيرة ليس هذا موضع ذكرها؛ فالاحتجاج لقول مالك في هذه المسألة بعموم هذا الحديث ـ وإن كان وارداً على السبب المذكور ـ صحيح على الأصح من قولي مالك ـ والله أعلم. قال ابن شعبان: ومن أصحابنا من يقول إن المستودع إذا جحد ما كان بيده وهو من غير الذهب فوجد له المجحود ما بقي به من الدراهم أو العروض؛ لم يكن له أخذه ولا بيعه بمثل ما كان له، لأنه لم يوكل في ذلك وبه أقول.

فصـــل

فالأمانة التي تكون بين المخلوقين أمرهم الله فيها بالتقوى والأداء، ولم يأمرهم بالإشهاد كما فعل في ولي[(٢١)] اليتيم، فدل ذلك على أنهم مؤتمنون في الرد إلى من ائتمنهم دون إشهاد، فوجب أن يصدق المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه ـ إن أكذبه[(٢٢)] المودع؛ كما تصدق المرأة فيما ائتمنها الله عليه مما خلق في رحمها من الحيض والحمل، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾[(٢٣)]. إلا أن يكون دفعها إليه بإشهاد فيتبين أنه إنما ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها، فيصدق في الضياع الذي ائتمنه عليه، ولا يصدق في الرد الذي استوثق منه فيه ولم يأتمنه عليه؛ هذا قول مالك ـ رحمه الله ـ وجميع أصحابه: ابن القاسم وغيره، حاشا رواية أصبغ عن ابن القاسم في دعوى المستأجر رد ما استأجره من العروض، أنه يصدق ـ قبض ذلك منه[(٢٤)]، ببينة أو بغير بينة، ولا فرق في هذا بين ما استؤجر أو استودع، وقد تأول

(٢١) ولي: ت، والي: ق ٢ هـ.
(٢٢) أكذبه: ت هـ، كذبه: ق ٢.
(٢٣) الآية: ٢٢٨ ـ سورة البقرة.
(٢٤) كلمة (منه) ساقطة في ق ٢.

عليه أصبغ[٢٥]، أنه فرق بين القراض والوديعة، وبين ما استأجر من العروض في دعوى الرد إذا قبض ذلك ببينة؛ ووقع في النوادر لابن القاسم ما ظاهره مثل ما تأول عليه أصبغ، والصحيح ألَّا فرق بين ذلك، لأنه إذا صدق في رد ما استأجر وإن قبضه ببينة، فهو أحرى أن يصدق في الوديعة؛ لأنه قبضها لمنفعة صاحبها خالصاً، والشيء المستأجر قبضه لمنفعتهما جميعاً؛ وكذلك القراض قبضه لمنفعتهما جميعاً، فلا فرق بينه وبين العرض المستأجر، بل هو أحرى ألا يصدق؛ لأن من أهل العلم من يراه ضامناً له إذا[٢٦] ادعى تلفه إلا أن يقيم البينة على التلف ـ كالرهن والعارية؛ وإلى هذا ذهب الشافعي أن المودع مصدق في رد الوديعة دفعت إليه ببينة أو بغير بينة، وقد كان يشبه أن يفرق بين الوديعة والشيء المستأجر؛ فإن الشيء المستأجر إذا شهد على دفعه إليه[٢٧] احتمل أن يكون القصد بالإشهاد التوثق من الإجارة لا التوثق من عين الشيء المستأجر لولا أن هذا ينكسر علينا بالقراض، إذ لا فرق في دعوى الرد بين القراض والشيء المستأجر[٢٨] فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال:

أحدها: وهو المشهور أنه لا يصدق في دعوى الرد إذا دفع إليه ببينة لا في الوديعة ولا في القراض ولا في الشيء المستأجر.

والثاني: أنه يصدق في جميع ذلك وإن دفع إليه ببينة وهو الذي يأتي على رواية أصبغ في دعوى رد الشيء المستأجر، لأنه إذا صدق على الرد مع البينة على الدفع في الشيء المستأجر الذي قبضه لمنفعتهما جميعاً. فأحرى أن يصدق في الوديعة التي قبضها لمنفعة صاحبها ـ خاصة، وهو مثل القراض الذي قبضه لمنفعتهما جميعاً.

والثالث: تفرقة أصبغ بين الشيء المستأجر وبين القراض والوديعة فيصدق

---

(٢٥) عليه أصبغ: ت، أصبغ عليه: ت هـ.

(٢٦) إذا: ق ٢ هـ، إن: ت.

(٢٧) كلمة (إليه)، ساقطة في ق ٢ هـ.

(٢٨) المستأجر فيتحصل: ق ٢، المستأجر فيه فيتحصل ـ بزيادة (فيه): ت.

في الشيء المستأجر ولا يصدق في الوديعة، ولا في القراض على ما تؤول على[29] ابن القاسم.

والرابع: الفرق بين الوديعة وبين القراض والشيء المستأجر فلا يصدق في الوديعة إذا دفعت[30] إليه ببينة ويصدق في رد الشيئ المستأجر والقراض وإن دفع إليه ببينة؛ لاحتمال أن يكون القصد بالإشهاد إلى التوثق من الإجارة ومن الجزء في القراض، لا إلى التوثق من عين الشيء المستأجر ولا من مال القراض، وبالله التوفيق.

فصـــل

وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التي دفعتها[31] إليه، وأما من دفعها إلى غير اليد التي دفعت[32] إليه، فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد، قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم** ﴾، فإن لم يشهد، فلا يصدق في الدفع ـ إذا أنكر القابض؛ لا أحفظ في هذا الوجه نص خلاف، إلا على[33] قول ابن الماجشون فيمن بعث ببضاعة مع رجل إلى رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها إليه، وهو مصدق ـ وإن أنكر القابض كانت ديناً أو صلة؛ ويمكن أن يقول ابن القاسم مثله بالمعنى في[34] مسألة اللؤلؤة الواقعة في كتاب الوكالات، ـ لأنها تقتضي تعمير الذمة، أعني[35] ذمة الآمر بقول المأمور: قد[36] فعلت ما أمرتني به من الدفع[37] وإذا وجب أن يعمرها بقوله قد فعلت ما أمرتني به من الشراء، وجب

(٢٩) على: ق ٢، عن: ت.
(٣٠) دفع: ق ٢، دفعت: ت.
(٣١) دفعتها: ت، دفعت: ق ٢.
(٣٢) دفعت: ق ٢، دفعتها: ت.
(٣٣) كلمة (على) ساقطة في ق ٢.
(٣٤) من: ق ٢، في: ت.
(٣٥) جملة (الذمة أعني)، ساقطة في ق ٢ ـ والمعنى يقتضيها.
(٣٦) قد: ت، وقد: ق ٢.
(٣٧) جملة (من الدفع)، ساقطة في ق ٢.

أن يخلي ذمة نفسه بقوله قد فعلت ما أمرتني به من الدفع؛ وإذا وجب أن يخلي ذمته بقوله، فإخلاء أمانته بقوله أوجب؛ ومن رواية عيسى عنه في كتاب الخيار في الذي يشتري الثوب من الثوبين على أن أحدهما قد وجب عليه بخياره، فيضيع أحدهما فيدعي أنه قد كان اختار هذا الباقي ورضيه، أنه[38] يصدق في ذلك.

فصـــل

فإن أقر بالقبض وادعى التلف، فلا يخلو من أن يكون قبض إلى ذمة أو إلى أمانة، فإن كان قبض إلى أمانة، فاختلف في ذلك قول ابن القاسم. قال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض ـ وتكون المصيبة من الآمر، وهو قوله في الكتاب؛ وقال مرة لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع، أو يأتي القابض بالمال، وهو قوله في كتاب ابن المواز؛ وفي مختصر الأسدية لأبي زيد القولان جميعاً؛ وأما[39] إن كان قبض إلى ذمة مثل أن يقول[40]: ادفع الوديعة التي لي عندك إلى فلان سلفاً أو تسليفاً في سلعة، أو إلى صانع يعمل بها عملاً، أو ما أشبه ذلك؛ فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن تكون الذمة قائمة.

والثاني: أن تكون خربة.

فأما إن كانت الذمة قائمة، فإن الدافع يبرأ بتصديق القابض بلا خلاف؛ وأما إن كانت الذمة خربة، فاختلف في ذلك: قيل إن الدافع يبرأ بتصديق القابض، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب البضائع والوكالات في مسألة الصنّاع، وقيل إنه لا يبرأ بتصديقه إياه لخراب ذمته، والقولان مكشوفان في اختصار الأسدية لأبي زيد بـن أبي الغمر؛ فقيل إن هذين القولين في هذا الوجه جاريان على الاختلاف المتقدم إذا دفع إلى أمانة، لاستواء الأمانة والذمة الخربة في كون

---

(38) أنه: ق ٢، أن: ت.

(39) وأما: ق ٢، فأما: ت.

(40) يقول: ادفع: ق ٢، يقول له: ادفع ـ بزيادة (له): ت.

المصيبة من الأمر، وقد فرق بعض المتأولين ـ أراه الفضل بن سلمة ـ بين المسألتين، فعلى ما ذهب إليه يأتي في حملة المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الدافع يبرأ بتصديق القابض ـ قبض إلى أمانة أو إلى ذمة[٤١].

والثاني: أنه لا يبرأ بتصديق القابض ـ قبض إلى أمانة أو إلى ذمة إذا كانت خربة.

والثالث: أنه يبرأ بتصديق القابض إذا قبض إلى ذمة وإن كانت خربة ولا يبرأ بتصديقه إذا قبض إلى أمانة.

فصـــل

وهذا التقسيم كله في دفع الأمانة، وأما دفع ما ثبت في الذمة فلا يخلو من أن يدفع ذلك إلى ذمة أو إلى أمانة.

فأما إن دفع ذلك إلى أمانة، فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف ولا يبرأ إلا بإقامة البينة على معاينة الدفع، أو يأتي قابض المال[٤٢] بالمال، هذا نص ما في المدونة، ولا أعرف في هذا الوجه خلافاً؛ إلا أن يدخل فيه الخلاف بالقياس على الأمانة؛ وكذلك لا يصدق إذ أنكر، وقد يدخل فيه الاختلاف بالمعنى من[٤٣] مسألة اللؤلؤة المذكورة وإنما اختلف إذا غرم الدافع المال: هل له أن يرجع به على القابض الذي قبضه منه وادعى تلفه: فقال مطرف يرجع به، لأنه فرط في دفع ذلك إلى الذي وكله حتى ضاع ذلك عنده، وقال ابن الماجشون لا يرجع عليه بشيء حتى يتبين منه تفريط وتعريض لتلف ما قبض، وهذا إذا علمت الوكالة ببينة قامت عليها، أو بإقرار الموكل بها؛ وأما إن كان ادعى القابض الوكالة وأنكرها الموكل، فقيل القول قول الموكل ويحلف ما وكله على شيء ويضمن؛ وقيل القول قول

---

(٤١) إلى ذمة والثاني: ت هـ، إلى ذمة ـ إذا كانت خربة والثاني ـ بزيادة (إذا كانت): ق ٢.
(٤٢) قابض المال: ق ٢ هـ، القابض: ت.
(٤٣) من: ق ٢ هـ، في: ت.
(٤٤) وهو: ت هـ، وهذا: ق ٢.

الوكيل، لأن الدافع قد صدقه فيما ادعى من الوكالة، فإذا قلت إن القول قول الموكل، يضمن الوكيل؛ وهو[44] الذي يأتي على ما في كتاب الوديعة من المدونة، وعلى قول أشهب وابن القاسم في سماع سحنون من كتاب العارية؛ فإن رجع الموكل عليه لم يكن له رجوع على أحد وبرىء الغريم؛ فإن[45] رجع على الغريم كان للغريم الرجوع عليه؛ وإذا[46] قلت[47] إن القول قول الوكيل لأن الغريم قد صدقه إذا دفع إليه وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى عنه من كتاب العارية، ففي رجوع الغريم عليه إذا غرم من الاختلاف ما قد ذكرته عن مطرف، وابن الماجشون.

فصـــل

وأما إن دفع إلى ذمة، فلا يخلو أن تكون الذمة قائمة أو خربة، فإن كانت قائمة، فإنه يبرأ بتصديق القابض إياه باتفاق، وإن كانت خربة، فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف إلا أن يقيم بينة على الدفع؛ هذا الذي يصح ـ عندي على مذاهبهم، ولا أعرف فيها نص خلاف؛ إلا أن يدخل فيها الخلاف بالقياس على الأمانة، فهي أربعة وجوه: دافع من ذمة إلى ذمة، ومن أمانة إلى أمانة، ومن أمانة إلى ذمة، ومن ذمة إلى أمانة؛ وقد تقدم الكلام على جميع ذلك فصلاً، فصلاً، ووجهاً، وجهاً.

فصـــل

واختلف إن ادعى الوكيل المفوض إليه أو غير المفوض إليه، أنه دفع إلى موكله ما قبض له من غرمائه فأنكره، فروى ابن القاسم عن مالك في كتاب البضائع والوكالات: أنه يصدق مع يمينه جملة من غير تفصيل، ومثله في الوكالات من المدونة؛ وروى مطرف عن مالك أنه إن[48] كان الأمر بحضرة قبض[49] المال أو

---

(٤٥) فإن: ق ٢ هـ، وإن: ت.
(٤٦) وإذا: ت ق ٢، وإن: هـ.
(٤٧) فإن: ق ٢ هـ، وإن: ت.
(٤٨) إن: ق ٢ هـ، إذا: ت.
(٤٩) قبض: ق ٢ هـ، قبل: ت.

بقرب ذلك بالأيام اليسيرة، فالقول قول الموكل أنه ما قبض منه شيئاً مع يمينه؛ وعلى الوكيل إقامة البينة وإن تباعد الأمر مثل الشهر ونحوه، فالقول قول الوكيل مع يمينه يحلف ويبرأ، وإن طال الأمر جداً، لم يكن على الوكيل ولا على الزوج يمين ـ وكان برئاً. وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم: إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه ـ وإن طال الأمر جداً، صدق دون يمين، وقال أصبغ مثله في الوكيل المفوض إليه؛ وأما الوكيل على الشيء بعينه، فهو غارم حتى يقيم البينة على الدفع؛ قال مطرف وابن الماجشون فإن مات الوكيل، والزوج[50] بحدثان ما جرى على أيديهما ذلك، كان ذلك في أموالهما ـ إذا عرف القبض وجهل الدفع؛ وإن كان موتهما بعد[51] حدثانه وما يكون في مثله المخرج والقضاء والدفع، فلا شيء في أموالهما وإن لم يعرف الدفع ولم يذكر.

فصل

ولا يلزم من استودع قبض الوديعة وجد المودع من يودعه أو لم يجد قال ذلك ابن شعبان؛ فأما إذا وجد من يودع غيره، فبين أنه لا يلزمه قبولها؛ لأن الله تعالى إنما أمره بالأداء، ولم يأمره بالقبول؛ وأما[52] إذا لم يجد من يستودع سواه، فينبغي أن يلزمه القبول قياساً على من دعي إلى أن يشهد على شهادة، أنه يلزمه ذلك إن لم يكن في البلد من يشهد غيره؛ ومن أهل العلم من يرى أن ذلك لازم له ـ وجد في البلد من يشهد أو لم يوجد؛ لقول الله تعالى: ﴿ **وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا** ﴾[53]، وهذا عند مالك إذا دعي لأداء الشهادة؛ وأما إذا دعي ليستحفظه إياها ويشهد عليها فلا؛ وقوله في ذلك بين، لأن الله تعالى يقول: ﴿ **وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا** ﴾ ولا يسمى الرجل شاهداً حتى يكون عالماً بالشهادة، فيجب عليه أداؤها.

---

(٥٠) والزوج: ق ٢ هـ، أو الزوج: ت.
(٥١) بغير: ق ٢ هـ، بعد: ت.
(٥٣) وأما إذا: ق ٢ هـ، وإذا: ت.
(٥٣) الآية ٢٨٢ ـ سورة البقرة.

فصـــل

فإذا قبلها، وجب عليه حفظها وصيانتها؛ فإن ضيعها أو تعدى أمر صاحبها فيها، فهو ضامن لها وله أن يستدفع[٥٤] ما أودع عند عياله الذين يأمنهم على ماله وهو[٥٥] تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو والدة ومن[٥٦] أشبههم، ويحتاط فيها مع هذا؛ ولا إشهاد عليه في دفعها إلى أحد من هؤلاء، لأن العادة والعرف ألا يشهد عليهم فيما يستدفعون إياه، والعرف كالشرط فكان ذلك كالذي يؤمر بدفع الوديعة إلى رجل فيشترط أنه يدفعها إليه بلا إشهاد.

فصـــل

وتدفع الوديعة فيما يدفع فيه مثلها وعلى ما جرت به عادة الناس في حرز أموالهم وحياطتها وحفظها، وقد سئل ابن وهب في سماع أصبغ عنه فيمن استودع وديعة في المسجد فجعلها على نعليه فذهبت، فقال: انه لا ضمان عليه؛ قال ابن الماجشون ومطرف ولو نسيها في الموضع الذي دفعت إليه فيه وقام فتركها[٥٧] لضمن؛ وكذلك لو كانت في داره فأخذها وأدخلها في كمه يظنها دراهمه فسقطت لضمن، لأنها جناية؛ وقال أبو إسحاق التونسي: إن التضمين بالنسيان ينبغي أن يختلف فيه، لأنهم اختلفوا في الرجل يستودع الرجل الوديعة ثم يأتي هو وآخر فيدعيانها جميعاً، وينسى هو من دفعها إليه منهما؛ فقيل إنهما يحلفان جميعاً ويقتسمانها بينهما ـ ولا ضمان عليه، وقيل إنه يضمن لكل واحد منهما لنسيانه؛ وفي كتاب ابن شعبان ومن أودع وديعة فجعلها في جيب قميصه فضاعت ضمن، وقيل لا يضمن، والأول أحوط للحديث: فانجابت عن المدينة انجياب الثوب، أي خرجت عن المدينة كما خرج الجيب عن الثوب، وما خرج عن الحرز، فليس بحرز؛ فأما اختياره فصحيح، لأن الجيب ليس العادة أن تدفع فيه الودائع وجاعلها فيه معرض لتلفها؛ وأما احتجاجه بالحديث فليس بشيء.

---

(٥٤) يستدفع: ق ٢ هـ، يستودع: ت.
(٥٥) وهو: ق ٢ هـ، وهم: ت.
(٥٦) ومن: ق ٢ هـ، وما: ت.
(٥٧) فتركها: ق ٢، وتركها: ت هـ.

فصـــل

ولا أجر للمودع على[58] حفظ الوديعة وإن كانت مما يَشغل منزله، فطلب أجر الموضع الذي كانت فيه، فذلك له وإن احتاجت إلى غلق أو قفل فذلك على ربها، وبالله التوفيق.

(58) على: ق ٢، في: ت هـ.

كتاب العارية

ما جاء في العارية

إعارة المتاع من عمل المعروف وأخلاق المؤمنين، فينبغي للناس أن يتوارثوا ذلك فيما بينهم ويتعاملوا به ولا يشحوا به ويمنعوه، ومن منع ذلك وشح به فلا إثم عليه ولا حَرج؛ إلا أنه قد رغب عن مكارم الأخلاق ومحمودها، واختار لئيمها ومذمومها، لقول رسول الله ﷺ: **«لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءِ مُسْلِمٍ إلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»**[1]، والماعون الذي توعد الله على منعه في قوله ـ عزّ وجلّ: **﴿ فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ الذِينَ هُمْ يُرَاؤُونَ ويمنعون الماعون ﴾**[2]، إنما هو الزكاة المفروضة، هذا الذي ذهب إليه مالك رحمه الله وجمهور أهل العلم؛ وقد روي عن عبدالله بن عباس، وعبدالله بن مسعود ـ أنهما قالا هو عارية متاع البيت الذي يتعاطاه الناس فيما بينهم من الفأس، والدلو، والحبل، والقدر، وأشباه ذلك؛ والويل واد في جهنم من عصارة أهل النار في النار على ما روي؛ فأخبر الله تعالى أنه للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هُم يراؤُون ويمنعون الماعون ـ وهذه صفة المنافقين، لأنه لا يرائي بأعماله، ويريد بها غير وجه الله إلا منافق، فالآية نزلت في المنافقين[3] والوعيد تعلق بهم على

---

(١) أخرجه أبو داود من حديث خيفة الرقاشي.

انظر الفتح الكبير ٢٥٩/٣.

(٢) الآية: ٥ ـ سورة الماعون.

(٣) عبارة (لأنه لا يرائي. . .)، نزلت في المنافقين.

مذهب مالك، ومن رأى الماعون الزكاة على النفاق ومنع الزكاة، ويتعلق في مذهب من جعل الماعون عارية متاع البيت على النفاق ومنع العارية من المسلمين بغضاً لهم ـ وهو الأظهر، لأن المنافقين كفار، في الدرك الأسفل من النار؛ ومن كان بهذه الصفة، لا تلتمس منه الزكاة، لأن الله إنما جعلها تطهيراً لمن تؤخذ منه بقوله عزّ وجلّ: ﴿**خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِها**﴾[٤]، والمنافقون لو أخذت منهم لم تطهرهم ولم تزكهم؛ ثم قال عزّ وجلّ: ﴿ **وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوَاتِكَ سَكَنٌ لَهُمْ** ﴾[٥]، فكان ﷺ إذا جاءه المؤمنون بزكواتهم يصلي عليهم، فقال: « **اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى آل أَبِي أَوْفَى** » ـ إذ جاء ابنه بصدقة أبيه أبي أوفى، وكان ـ عليه السلام ـ لا يصلي على المنافقين ـ والله أعلم.

فصــل

واستعار رسول الله ﷺ عند غزوه إلى هوازن بحنين من صفوان بن أمية أداة وسلاحاً ذكر له أنها كانت عنده، فأرسل إليه فسأله إياها عارية، فقال صفوان: أمن الأمان أتأخذها غصباً؟ فقال رسول الله ﷺ: «**إِنْ شِئْتَ أَنْ تُمْسِكَ أَدَاتَكَ فَأَمْسِكْهَا، وَإِنْ أَعَرْتَنَاهَا فَهِيَ ضَامِنَةٌ عَلَيَّ حَتَّى تُؤَدَّى إِلَيْكَ**». فقال صفوان: ليس بهذا بأس وقد أعرتك ـ يا محمد، فبعث إليه بمائة درع وأداتها، وكان صفوان كثير السلاح؛ فقال له رسول الله ﷺ: «**أَكْفِنَا حَمْلَهَا**»، فَحَمَلَها له صفوان؛ وروي أنه قال له أعارية[٦] مضمونة، أم[٧] عارية مؤداة؟ فقال[٨] رسول الله ﷺ: «**بَلْ عارية مضمونة مؤداة**»[٩]؛ وفي بعض الآثار أنه قال: «**بَلْ عَارِيةٌ مُؤَدَّاةٌ**»[١٠]، وروى عنه ﷺ أنه قال: «**ليس على المستعير ضمان**»[١١]. وروى عنه ﷺ أنه قال: «**على**

---

(٤) الآية: ١٠٣ ـ سورة التوبة.
(٥) نفس الآية من السورة السابقة.
(٦) أعارية: ق ٢ هـ، عارية: ت.
(٧) أم: ق ٢ هـ، أو: ت.
(٨) فقال: بل: ق ٢ هـ، فقال له : ت.
(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ٨٨/٦.
(١٠) المصدر السابق ٨٨/٦.
(١١) نفس المصدر ٩١/٦.

اليد ما أخذت حتى تؤديه»[١٢]. فاختلف[١٣] أهل العلم في ضمان العارية لتعارض ظواهر هذه الآثار، فمنهم من قال: إنه ضامن للعارية قامت البينة على التلف أو لم تقم، كان مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه ـ على ظاهر قول رسول الله ﷺ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ». وهذا[١٤] قول أشهب وأحد قولي مالك ومذهب الشافعي. ومنهم من قال إنه لا ضمان عليه بحال على ظاهر قول رسول الله ﷺ: «ليس على المستعير ضمان»، وهو قول أبي حنيفة. ومنهم من قال لا ضمان عليه إلا أن يشترط عليه الضمان، حكى هذا القول ابن شعبان وعابه؛ ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يقم على التلف بينة. ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه من غير ضيعة، وهذا هو المشهور من قول مالك وهو مذهب ابن القاسم وأكثر أصحاب مالك، وأصح الأقوال وأولاها بالصواب لاستعمال جميع الآثار وصحته في النظر والاعتبار.

فصـــل

فأمّا وجه استعمال جميع الآثار، فهو أن يتأول ما روى عنه من وجوب الضمان في العارية فيما يغاب عليه، إذا لم يعلم هلاكه، وما روى عنه من سقوط الضمان فيما لا يغاب عليه وفيما يغاب عليه إذا علم هلاكه؛ على أن قوله ﷺ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ»، من الألفاظ التي لا تستقل بأنفسها، فلا يصح بها الاحتجاج على وجوب الضمان؛ لأن ما لا يستقل بنفسه، فوجهه أن يقصر على سببه، ولا يحمل على عمومه، لا[١٥] اختلاف بين أهل العلم بالأصول في ذلك، وإنما اختلفوا في اللفظ العام المستقل بنفسه إذا ورد على سبب، هل يقصر على سببه، أو يحمل على عمومه على قولين، الأصح منهما عند أهل النظر حمله على عمومه؛

(١٢) المصدر نفسه ٦/٩٠.
(١٣) فاختلف: ق ٢ هـ، واختلف: ت.
(١٤) وهذا: ق ٢ هـ، وهو: ت.
(١٥) لا: ق ٢ هـ، ولا: ت.

فإنما كان يصح الاحتجاج بظاهر هذا الحديث في وجوب الضمان لو قال رسول الله ﷺ مجاوباً لصفوان إذ قال له أعارية مضمونة أو مؤداة ـ: «**الْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»، وأيضاً فإن في مقابلة هذا الحديث ما روى عنه أنه قال: «**بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»، فنفى الضمان وأوجب الأداء؛ إلا أن للقائل أن يقول إن هذه زيادة، والزيادة من الثقة مقبولة؛ وكذلك قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ**»، إنما تفيد مع بقاء العين، فأما مع تلفها فلا يصح ولا يجوز حمله على القيمة، لأنه لم يجر لها ذكر، ولأنه إنما أوجب أداء ما أخذت اليد ـ واليد لم تأخذ القيمة.

فصـــل

فأما ما يدل على صحته من جهة النظر والاعتبار، فإن الأسباب التي تقبض بها الأعيان لاستيفاء المنافع على وجهين:

أحدهما: عقد فيه بدل وهو الإجارة.

والآخر عقد لا بدل فيه ـ وهو العارية.

والإخدام والبدل مؤثر في الضمان، وسبب لتعلق ضمان البدل؛ فإذا كان المقبوض لاستيفاء المنفعة بإذن مالكه ببدل مضمون، وسبب مؤثر في وجوب الضمان، لا يوجب ضمان العين، فما لم يقبض ببدَل أولى ألاَّ يكون مضموناً.

فصـــل

ووجه قول من أوجب الضمان وإن قامت البينة على التلف: أن أصله مأخوذ على الضمان، فلا ينتقل على أصله حسماً للباب؛ والرواية الأولى أصح على ما قدمناه، لأن قيام البينة ينفي التهمة والتفريط، وذلك معنى يسقط الضمان.

فصـــل

فإن[16] اشترط المستعير ألاَّ ضمان عليه فيما يغاب عليه فشرطه باطل وعليه

---

(١٦) فإن: ق ٢ هـ، وإن: ت.

الضمان ـ قاله ابن القاسم في بعض روايات المدونة، وهو أيضاً في العتبية لأشهب وابن القاسم من رواية أصبغ عنهما في بعض الروايات من كتاب العارية، وعلى ما حكى ابن أبي زيد في المختصر عن أشهب في الصانع يشترط ألّا ضمان عليه أن شرطه جائز ولا ضمان عليه، ينفعه الشرط في العارية؛ لأنه إذا ألزم في الصناع فأحرى أن يلزم في المستعير لأن المعير إذا أعاره على ألا ضمان عليه فقد فعل المعروف معه من جهتين، فالأظهر إعمال الشرط وما لإسقاطه وجه، إلا أن يكون ذلك من باب إسقاط حق قبل وجوبه، فلا يلزم على أحد القولين.

فصل

وأما إن اشترط[17] المعير على المستعير الضمان فيما لا يغاب عليه، أو مع[18] قيام البينة فيما يغاب عليه، فقول مالك رحمه الله وجميع أصحابه أن الشرط باطل جملة من غير تفصيل حاشا مطرف فإنه قال إن كان شرط عليه الضمان لأمر خافه من طريق مخوفة، أو نهر أو لصوص، أو ما أشبه ذلك فالشرط لازم إن عطب[19] في الأمر الذي خافه واشترط الضمان من أجله؛ وقال أصبغ لا شيء عليه في الوجهين مثل قول مالك وأصحابه، وينبغي إن[20] شرط المعير على المستعير الضمان فيما لا يغاب عليه فأبطل الشرط بالحكم عن[21] المستعير ـ أن يلزم إجارة المثل في استعماله العارية، لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية وسنتها إلى باب الإجارة الفاسدة، لأن رب الدابة لم يرض أن يعيره إياها إلا بشرط أن يحوزها في ضمانه فهو عوض مجهول يرد إلى المعلوم.

فصل

وإذا وجب على المستعير ضمان العارية، فإنما يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء

---

(١٧) وأما إن اشترط: ق٢ هـ، فأما إن شرط: ت.
(١٨) أو مع: ت ق٢، ومع: هـ.
(١٩) عطب: ت، عطبت: ق٢ هـ.
(٢٠) إن: ق٢ هـ، إذا: ت.
(٢١) عن: ت ق٢، على: هـ.

أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر[22] على ردها، لأنه يتهم على أخذها بقيمتها بغير رضى صاحبها؛ فإن استعملها في غير ما أذن له فيه[23]، فنقصها الاستعمال الذي استعملها أكثر من الاستعمال الذي أذن له فيه ضمن ما أنقصها الاستعمال بعد القدر الذي نقصها الاستعمال المأذون له فيه، فإن أنهكها ذلك وأعطبها، ضمن قيمتها يوم انقضاء أجل العارية ـ على ما ينقصها الاستعمال الذي أعاره إياها عليه؛ فإن أراد رب العارية أن يأخذ منه قيمة إجارة ما استعملها فيه بعد أن يطرح من ذلك قيمة إجارة ما كان أذن له فيه، لم يكن له في قول ـ إن كانت أكثر من قيمتها، وفي قول يكون له ذلك؛ وأما إذا كان ذلك أقل من قيمتها، لم يمنع من ذلك.

فصل

وأجرة حمل العارية على المستعير، دليل قول رسول الله ﷺ لصفوان في السلاح التي أعاره إياها اكفنا حملها. واختلف في أجرة ردها فقيل على المستعير ـ وهو الأظهر، وقيل على المعير لأن العارية معروف[24]، فلا يكلفه أجراً بعد معروف صنعه ـ وهو عرضه لحمله حيث أحب، وكذلك المكتري.

فصل

ومن حق المستعير أن يَشهد على المعير في رد العارية عليه وإن كان دفعها إليه بلا إشهاد[25]، بخلاف الوديعة؛ لأن العارية تضمن والوديعة لا تضمن.

فصل

والعارية تكون في الدور والأرضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه ـ وإن غيب عليه، إلا في الفروج خاصة؛ وأما ما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه من المكيل والموزون كله فعاريته قرض على حكم القرض، وبالله التوفيق.

---

(٢٢) لا يقدر: ق ٢ هـ، غير مقدور: ت.

(٢٣) فيه: ق ٢ هـ، فيها: ت.

(٢٤) معروف فلا: ق ٢ هـ، معروف صنعه فلا ـ بزيادة (صنعه): ت.

(٢٥) إشهاد: ق ٢ هـ، شهادة: ت.

كتاب اللقطة

فصـــل في بيان معنى اللقطة

لقط الشيء: أخذ واجده له[1]، قال الله عزّ وجلّ: ﴿ وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ فَأَرْسَلُوا وَارِدَهُمْ فَأَدلَى دَلْوَهُ، قَالَ: يَا بُشْرَايَ هَذَا غُلَامٌ، وَأَسَرُّوهُ بِضَاعَةً، وَاللهُ عَلِيمٌ بِمَا يَعْمَلُونَ، وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ»[2] فمعنى شروه باعوه، وذلك أنّ إخوته كانوا يرعون على مقربة[3] من الجب، فلما أخرجته السيارة جاءوا فقالوا[4] عبد لنا آبق، وقالوا ليوسف بالعبرانية إن لم تقر لنا بالعبودية أخذناك منهم فقتلناك، فأقر لهم بالعبودية فباعوه منهم بثمن بخس. أي ظلم، لأنهم علموا أن بيعه لا يحل لهم وكانوا فيه من الزاهدين، لأنهم أحبوا بعده على أبيه؛ وقيل إن الضمير راجع على الثمن، وأنهم زهدوا في الثمن. ولكن باعوه لمن يمضي به إلى مصر؛ وقيل إن معنى شروه أي اشتراه التجار بثمن بخس أي محطوط، وكانوا فيه من الزاهدين إذ لم يعلموا منزلته عند الله عزّ وجلّ.

فصـــل

وقد اختلف في اللقيط: فقيل إنه عبد لمن التقطه، وقيل إنه حر وولاؤه

---

(١) كلمة (له) ساقطة في ت هـ.

(٢) الآية: ٢٠ ـ سورة يوسف.

(٣) مقربة: ق ٢ هـ، قرب: ت.

(٤) فقالوا عبد: ق هـ، فقالوا: هذا عبد: ت.

للمسلمين، وقيل ولاؤه لمن التقطه؛ ولا وجه لقول من قال إنه مملوك لمن التقطه، لأنه لا يخلو من أن يكون ابن أمة؛ فهو لسيدها لا ينتقل ملكه عنه إلا بما تنتقل به الأملاك؛ أو يكون ابن حرة، فهو حر؛ والصواب الذي عليه أهل العلم: أنه حر، لأن الناس كلهم من آدم وحواء - عليهم أفضل السلام؛ فالأصل الحرية؛ وذلك مروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: المنبوذ حر[٥]. وقال علي بن أبي طالب: «اللقيط حر». وتلا قول الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾[٦]. وموضع الحجة من الآية أن اللقيط لو كان مملوكاً لمن التقطه، لما احتاجوا إلى شرائه - وهذا بين.

فصــل

فإذا لم ينتقل اللقيط عن أصله بالالتقاط ولا صار مملوكاً لمن التقطه؛ فكذلك اللقطة لا ينتقل ملك[٧] صاحبها عنها[٨] ولا يحل لملتقطها أكلها بعد التعريف إلا على وجه السلف لا على وجه الملك في قول بعض أهل العلم، وهو مذهب الشافعي أن له أن يستنفق اللقطة بعد التعريف - وإن كان[٩] غنياً عنها؛ وحجته ما روى عن علي بن أبي طالب أنه وجد ديناراً فجاء به إلى النبي ﷺ، فقال يا رسول الله وجدت هذا، فقال عَرِّفْهُ، فذهب ما شاء الله ثم قال قد عرفته فلم أجد أحداً يعرفه؛ قال: «فَشَأْنَكَ[١٠] بِهِ». فذهب فرهنه في ثلاثة دراهم وطعام وودك، فبينما هو كذلك؛ إذ جاء صاحبه[١١] ينشده فجاء علي إلى النبي عليه السلام فقال هذا صاحب الدينار، فقال: «أَدِّهِ إِلَيْهِ»، فأداه علي إليه بعدما أكلوا منه[١٢]،

(٥) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦/٢٠٢.
(٦) رواه البيهقي - المرجع السابق.
(٧) ينتقل ملك صاحبها: ق ٢ هـ، تنتقل عن ملك صاحبها: ت.
(٨) عنها: هـ، عنه: ق ٢.
(٩) كان غنياً: ق ٢ هـ، كان من التقطها غنياً: ت.
(١٠) فشأنك: ق ٢ هـ، شأنك: ت.
(١١) صاحبه: ق ٢ هـ، صاحب الدينار: ت.
(١٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، وروايته مضطربة.
انظر ج ٦/١٩٤.

فقال[13] فهذا الحديث يدل على أن اللقطة حلال للملتقط بعد الحول ـ وإن كان غنياً عنها؛ لأنها لو كانت ترجع إلى الصدقة، لما حلت لعلي رضي الله عنه؛ لأنه من صليبة بني هاشم، ولأن الصدقة عليه حرام؛ وأما مالك فلا يجيز[14] له أكلها. ومعنى قول رسول الله ﷺ عنده. فشأنك بها ـ أنه مخير بين أن يمسكها لصاحبها ويزيد[15] في تعريفها، وبين أن يتصدق بها ويضمنها لصاحبها ـ إن جاء، إلا إن شاء أن يجيز الصدقة ويكون له الأجر؛ وقيل إنه ليس له أن يستنفقها إلا أن يكون محتاجاً إليها، وهو قول أبي حنيفة وسائر أصحابه؛ وقيل إن ذلك لا يجوز له إلا أن يكون له وفاء بها ـ وهو الصحيح؛ قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** ﴾[16]. وقَالَ رسول الله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[17] فيتحصل في هذا أربعة أقوال:

أحدها: أن استنفاقها لا يجوز له بحال.

والثاني: أن استنفاقها جائز له بكل حال.

والثالث: أن استنفاقها لا يجوز له إلا أن يكون محتاجاً إليها.

والرابع: أن استنفاقها لا يجوز له، إلا أن يكون له بها وفاء ـ والله أعلم[18].

فصـــل

وهذا الاختلاف[19] إنما هو فيما عدا لقطة مكة، فأما مكة فقد ورد النص فيها أنه لا تحل لقطتها إلا لمنشد[20]، فلا يحل له استنفاقها بإجماع، وعليه أن يعرفها أبداً وإن طال زمانها. ويروى لا يرفع لقطتها إلا منشد، ولا ترفع لقطتها إلا لمنشد؛ فقيل:

(١٣) عبارة (هذا صاحب الدينار. . . أكلوا منه فقال) ـ ساقطة في ق ٢.

(١٤) يجيز: ق ٢ هـ، يحل: ت.

(١٥) أنه مخير بين أن يمسكها ويزيد: ق ٢ هـ، أي تخير بين أن تمسكها وتزيد: ت.

(١٦) الآية: ٢٩ ـ سورة النساء.

(١٧) رواه أبو داود من حديث (خيفة الرقاشي)، انظر الفتح الكبير ٣/٣٥٩ ـ ومر تخريجه.

(١٨) عبارة (والرابع. . . والله أعلم)، ساقطة في ق ٢.

(١٩) الاختلاف: ق ٢ هـ، الخلاف: ت.

(٢٠) أخرجه البخاري ومسلم، انظر السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٩٩.

إن معنى الأول أن سبيل من رأى لقطتها أن يرفعها بيده فيقول لمن هذه منكم أيها الناس.

ومعنى الثاني أنه لا يأخذها إلا أن يسمع من ينشدها فيرفعها بيده فيقول أهي هذه؟ فيرجع تأويل الحديثين إلى اجتناب أخذها كلقطة الحاج ـ والله أعلم.

فصـــل

ويلزم أن يؤخذ اللقيط ولا يترك، لأنه إن ترك ضاع وهلك؛ وإنما قال عمر ابن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ لسنين أبي[٢١] جميلة ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ لأنه اتهمه أن يكون غير منبوذ، وأنه إنما أخذه لأمر؛ فلما قال له عريفه إنه رجل صالح أمره بما يصنع في أمره، فقال له اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته[٢٢]؛ ولا اختلاف بين أهل العلم في هذا، وإنما اختلفوا في لقطة المال على ثلاثة أقوال: فقيل إن الأفضل تركها من غير تفصيل، وروي ذلك عن عبدالله بن عمر أنه كان يمر باللقطة فلا يأخذها. وقيل إن الأفضل أخذها وتعريفها، لأنها[٢٣] مال يجمع على ربه ويمسك عليه، وهو أحد قولي مالك رحمه الله، وممن ذهب إلى هذا سعيد بن المسيب، وخالفه فيه أهل المدينة وأهل مكة، وأحسبه قال: إن حرمة المال كحرمة النفس. وتقلد قوله ـ الحسن بن صالح بن حي. والقول الثالث: أنه إن كان الشيء الذي له بال، فأخذه أفضل، وإن كان الشيء اليسير فتركه أولى وأحسن، وهذا القول أحد روايتي ابن القاسم عن مالك؛ وهذا الاختلاف إنما هو إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين ـ والإمام عادل لا يخشى أن يأخذها إذا علم بها بتعريفه إياها؛ وأما إن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عدل فأخذها عليه واجب قولاً واحداً والله أعلم؛ ولو كانت اللقطة بين قوم مأمونين والإمام غير عادل، لكان الاختيار ألا يأخذها قولاً واحد ـ والله أعلم؛ ولو كانت بين

---

(٢١) سنن أبي جميلة: ق ٢، لسفيان أبي جميلة: هـ، لابن أبي جميلة ـ وكلاهما تحريف، والصواب نسخة ق.

(٢٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/٢٠١ ـ ٢٠٢.

(٢٣) لأنها: ق ٢ هـ، لأنه: ت.

قوم غير مأمونين والإمام غير عادل لكان مخيراً بين أخذها وتركها، وذلك بحسبما يغلب على ظنه من أكثر الخوفين، وهو أيضاً ـ أعني هذا الاختلاف فيما عدا لقطة الحاج، لنهي رسول الله ﷺ عنها[24] ومعنى نهيه عنها مخافة ألا يجدر بها بتفرق الحاج إلى بلدانهم المختلفة، فتبقى في ضمانه؛ فلا ينبغي لأحد أن يلتقط لقطة الحاج للنهي الوارد في ذلك عن النبي عليه السلام، فإن التقطها وجب عليه من تعريفها ما يجب في سواها.

فصـــل

قال ابن عبدوس: وما وجد على المنبوذ من ثياب أو وجد عليه من فراش، أو دابة أو ثياب، أو مال قد قوم[25] عليه أو شد معه فهو كله له؛ وأما ما وجد قريباً منه، فهو لقطة لا شيء له فيه[26]؛ والحكم في اللقطة على ما وردت به السنة عن النبي عليه السلام: ذكر مالك في موطئه عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني، أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة فقال: «**اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا**[27] **ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا**». قال فضالة الغنم يا رسول الله؟ قال: «**هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوَ لِلذِّئْبِ**». قال فضالة الإبل؟ قال مَالَكَ: **وَلَهَا؟ مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا تَرِدُ**[28] **الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا**»[29].

فصـــل

فاللقطة تنقسم على ثلاثة أقسام:

قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالدنانير والدراهم والعروض.

---

(٢٤) رواه مسلم في صحيحه، انظر السنن الكبرى للبيهقي ١٩٩/٦.
(٢٥) قوم: ق ٢ هـ، قدم: ت.
(٢٦) فيه: ت ق ٢، فيها: هـ.
(٢٧) العقاص: الوعاء، والوكاء: الخيط الذي يشد به الوعاء.
(٢٨) ترد: ت، وترد: ق ٢ هـ.
(٢٩) انظر الموطأ ص ٥٣٦ ـ ٥٣٧، حديث (١٤٤٠).

وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك[٣٠] كالشاة في الفيفاء والطعام الذي يسرع إليه الفساد.

وقسم يبقى في يد ملتقطه ولا يخشى عليه الضياع والتلف إن ترك كالإبل.

فصل

فأما القسم الأول ـ وهو ما يخشى عليه التلف إن ترك ـ ويبقى في يد ملتقطه إن التقطه ـ فإنه ينقسم أيضاً إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون يسيراً جداً لا بال له ولا قدر لقيمته، ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته، فإن هذا لا يعرف وهو لمن وجده ـ إن شاء أكله وإن شاء تصدق به؛ والأصل في ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ مر بتمرة في الطريق فقال: لولا أن[٣١] تكون من الصدقة، لأكلتها[٣٢] ـ ولم يذكر فيها تعريفاً، وقد قال أشهب في الذي يجد العصا والسوط أنه يعرفه، فإن لم يفعل، فأرجو أن يكون خفيفاً.

والثاني: أن يكون يسيراً إلا أن له قدراً ومنفعة وقد يشح به صاحبه ويطلبه، فإن هذا لا اختلاف[٣٣] في وجوب تعريفه؛ إلا أنه يختلف في حده: فقيل سنة كالذي له بال ـ وهو ظاهر ما حكى ابن القاسم عن مالك في المدونة، وروى عيسى عن ابن وهب في العتبية أنه يعرفه إياها ـ وهو قول ابن القاسم من رأيه في المدونة.

والثالث: أن يكون كثيراً له بال، فإن هذا لا اختلاف[٣٣] في وجوب تعريفه حولاً كاملاً.

(فصل)[٣٤]

وأما القسم الثاني ـ وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه ـ كالشاة في الفيفاء، والطعام الذي لا يبقى؛ فإن هذا يأكله غنياً كان أو فقيراً ـ لقول

---

(٣٠) جملة (إن ترك)، ساقطة في ق ٢.

(٣١) أن تكون: ق ٢ هـ، أنها تكون: ت.

(٣٢) أخرجه مسلم في صحيحه، انظر السنن الكبرى للبيهقي ١٩٥/٦.

(٣٣ ـ ٣٣) اختلاف: ق ٢ هـ، خلاف: ت.

(٣٤) كلمة (فصل) ساقطة في ق ٢ هـ، ثابتة في ت.

رسول الله ﷺ، في الشاة هي لك أو لأخيك أو للذئب[٣٥]. فأوجبها له ملكاً، واختلف إن وجد هذا الطعام الذي يسرع إليه الفساد ولا يبقى في الحاضرة وحيث الناس: فقال ابن حبيب في الواضحة: إن تصدق به فلا غرم عليه لصاحبه، وإن أكله غرمه له ـ لانتفاعه به؛ وقيل إنه يغرمه لصاحبه ـ تصدق به أو أكله ـ وهو ظاهر قول أشهب. وقيل إنه لا ضمان عليه فيه أكله أو تصدق به ـ وهو ظاهر ما في المدونة.

فصــل

وأما القسم الثالث ـ وهو ما يبقى بيد ملتقطه ولا يخشى عليه التلف إن تركه كالإبل ـ فالاختيار فيها ألّا تؤخذ لقول النبي ﷺ مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها[٣٦] ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها. فإن أخذت عرفت، فإن لم تعرف ردت حيث وجدت ـ على ما جاء عن عمر بن الخطاب؛ فقيل إن ذلك في جميع الأزمان[٣٧] ـ وهو ظاهر قول مالك في المدونة، وفي سماع أشهب من العتبية وقيل بل هو خاص في زمان العدل وصلاح الناس، وأما في الزمن الذي قد فسد فيه الناس، فالحكم فيها أن تؤخذ فتعرف، فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها؛ فإن لم يأت وأيس منه، تصدق به عنه على ما فعله عثمان بن عفان[٣٨] ـ لما دخل الناس في زمانه من الفساد، وقد روي ذلك عن مالك؛ واختلف إن كانت الإبل بعيدة من العمران حيث يخاف عليها السباع: فقيل إنها في حكم الغنم لواجدها أكلها، وقيل إنها تؤخذ فتعرف، إذ لا مشقة في جلبها؛ وأما البقر فالمنصوص عليه في المدونة: أنها في ذلك بمنزلة الغنم، وذلك لما في جلبها من المشقة، فلا يدخل فيها الاختلاف الذي دخل في الإبل، وبالله التوفيق.

فصــل

وفي قول النبي ﷺ في الحديث: «اعرف عفاصها ووكاءها»، فإن جاء

---

(٣٥) مر تخريجه من حديث الموطأ رقم (٢٩).

(٣٦) سقاؤها وحذاؤها: ق ٢ هـ، حذاؤها وسقاؤها: ت.

(٣٧) جميع الأزمان: ق ٢ هـ، الأزمان كلها: ت.

(٣٨) جملة (بن عفان)، ساقطة في ق ٢ هـ، ثابتة في ت.

صاحبها وإلا فشاءنك بها. دليل على أنها تدفع لواصفها وإن لم تكن له بينة عليها، وهذا قول مالك ـ رحمه الله وجميع أصحابنا ـ في هذا لا اختلاف بينهم فيه، خلافاً للشافعي، وأبي حنيفة في قولهما: إنها لا تدفع للواصف[٣٩] حتى يقيم البينة عليها ـ وهو بعيد؛ وقد روى هذا الحديث حماد بن سلمة والثوري ومالك أيضاً، فزادوا فيها: فإن جاء صاحبها فعرف العفاص والوكاء[٤٠]، فادفعها إليه، وإلا فشأنك بها. وهذا نص في موضع الخلاف، وإنما اختلف أصحاب مالك هل تدفع إليه بيمين أو بغير يمين، فظاهر[٤١] مذهب ابن القاسم في المدونة أنها تدفع إليه بغير يمين، وأن الصفة في اللقطة التي لا دافع فيها[٤٢] كالبينة القاطعة فيما له من يدفع عنه، وقال أشهب لا تدفع إليه إلا بيمين، واضطرب في ذلك قول ابن حبيب: فقال إنه لا تدفع إليه إلا بيمين، وقال إن وصفها رجلان أحلفا، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، فهي لمن حلف منهما، وإن نكلا جميعاً أو حلفا جميعاً، قسمت بينهما؛ فقوله إنها تقسم بينهما مع نكولهما رد لقوله أولاً، لأن نكولهما عن الأَيمان كرضاهما، إلا أن يحْلف أحدهما صاحبه؛ وإذا[٤٣] رضيا بذلك، فالقياس على قوله ألا تقسم بينهما حتى يحلف كل واحد منهما أنها له ليوجب يمينه أنها له دون غيره ممن لم يحضر ولا ادعاها من الناس، ولو لم يتفقا على أن يسقط كل واحد منهما اليمين عن صاحبه، لوجب أن يحلف كل واحد منهما أنها له، ليوجب بيمينه أنها له دون صاحبه هذا، ودون غيره من الناس؛ فافهم هذا واعلم أن يمين كل واحد منهما على أنها له توجب معنيين، فإن سقطت اليمين عنهما في المعنى الواحد لنكولهما جميعاً، واتفاقهما على إسقاطها، لم تسقط من أجل المعنى الآخر؛ وعلى مذهب من لا يوجب اليمين على الواصف الواحد إذا انفرد يحلف كل واحد منهما إذا اجتمعا على الصفة أنها له ليوجب بيمينه أنها له دون صاحبه،

(٣٩) للواصف: ق ٢ هـ، لواصفها: ت.
(٤٠) فعرف العفاص والوكاء: ق ٢ هـ، فعرفها وعرف عفاصها: ت.
(٤١) فظاهر: ق ٢ هـ، وظاهر: ت.
(٤٢) كلمة (فيها) ساقطة في ق ٢.
(٤٣) وإذا: ق ٢ هـ، وإن: ت.

وإن شاء زاد ذلك في يمينه، فيحلف بالله الذي لا إلّه إلا هو أنها له، وما لصاحبه فيها حق، ولا يحتاج أن يقول ولا لغيره.

فصـــل

ومما يعتبر به في دفع اللقطة إلى صاحبها بالصفة[٤٤] قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنَ أَهْلِهَا إنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبينَ وَإن كَانَ قَميصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقين ﴾[٤٥].

فصـــل

ويصف مدعى اللقطة العفاص والوكاء وما اشتملا عليها وأحاطا به من صفة الدنانير وعددها، وذلك موجود في الحديث، رواه يحيى بن سعيد بإسناده وزاد فيه فإن جاء باغيها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها إليه والزيادة من الحافظ مقبولة.

فصـــل

فإن وصف مدعي اللقطة بعضاً وجهل بعضاً، أو غلط فيه، ففي ذلك اختلاف وتفصيل؛ فأما جهله بالعدد، فلا يضره إذا عرف العفاص والوكاء! وكذلك غلطه فيه بالزيادة لا يضره، لجواز أن يكون قد اغتيل في شيء منها واختلف في غلطه فيه بالنقصان إذا عرف العفاص والوكاء على قولين وكذلك اختلف أيضاً إذا جهل صفة الدنانير، وعرف العفاص والوكاء. وأما إذا غلط في صفة الدنانير، فلا اعلم خلافاً أنه لا شيء له؛ وأما العفاص والوكاء إذا وصف أحدهما وجهل الآخر، أو غلط فيه، ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا شيء له إلا بمعرفتهما جميعاً.

والثاني: أنه يستبرأ أمره، فإن لم يأت أحد فاثبت مما أتى به دفعت إليه.

---

(٤٤) كلمة (بالصفة) ساقطة في هـ.

(٤٥) الآيتان: ٢٦ ـ ٢٧ ـ من سورة يوسف.

والثالث: أنه إن ادعى الجهالة استبرىء أمره ـ وإن غلط[٤٦] لم يكن له شيء، وهذا أعدل الأقاويل ـ عندي.

فصــل

وواجد اللقطة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يأخذها ولا يريد التقاطها ولا اغتيالها.

والثاني: أن يأخذها ملتقطاً لها.

والثالث: أن يأخذها مغتالاً لها.

فأما الأول فهو مثل أن يجد ثوباً فيأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه، كان له أن يرده حيث وجده ـ ولا ضمان عليه فيه ـ قاله ابن القاسم في المدونة، ورواه ابن وهب عن مالك؛ لأنه لم يصر في يده ولا تعدىٰ عليه، وإنما أعلم به من ظن أنه له ـ ولم يلزم[٤٧] فيه حكم اللقطة، وهذا إذا ردها بالقرب؛ وأما إن ردها بعد طول، فهو ضامن.

والوجه الثاني أن يأخذها ملتقطاً لها، فهذا قد لزمه عند ابن القاسم حفظها وتعريفها، فإن ردها بعد أن أخذها ضمنها؛ وقال أشهب لا ضمان عليه إن ردها في موضعها بقرب ذلك أو بعده، ولا إشهاد عليه في ردها، وعليه اليمين: لقد ردها في موضعها؛ فإن ردها في غير موضعها، ضمن كالوديعة ـ إذا تسلف منها ثم رد ما تسلف منها فإنه لا[٤٨] يبرأ من الضمان، وقول ابن القاسم أبين وأظهر.

وأما الوجه الثالث إذ قبضها مغتالاً لها، فهو ضامن لها ولا يعرف الوجه الذي التقطها عليه إلا من قبله، فإن تلفت عنده أو ادعى تلفها وادعى أنه أخذها ملتقطاً لها ليحرزها على صاحبها، فهو مصدق في ذلك دون يمين يلزمه إلا أن يتهم، وسواء أشهد حين التقطها أو لم يشهد على مذهب مالك، لأن الإشهاد على ما روي

---

(٤٦) غلط: ق ٢ هـ، علم: ت.

(٤٧) يلزم: ت، يلتزم: ق ٢ هـ.

(٤٨) منها فإنه لا يبرأ: ت، منها يبرأ: ق ٢ هـ.

عن رسول الله ﷺ من قوله من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يغير، فإن جاء ربها، فهو أحق بها، وإلا فمال الله يؤتيه من يشاء، إنما أمر به تحصيناً لربها، فهو مستحب له غير واجب عليه وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه ضامن لها إن لم يشهد، وهذا لا معنى له إذ قد يشهد بخلاف ما أضمر إعذاراً(٤٩) لنفسه ـ ولو فرقت هذه التفرقة في المتهم دون الذي لا يتهم، لكان قولاً حسناً ـ والله أعلم، وبالله التوفيق.

---

(٤٩) إعذاراً: ت، إعداداً: ق ٢ هـ.

كتاب الغصب

فصـــل في وجود[1] لفظ الغصب في القرآن

قال الله عزّ وجلّ: ﴿ أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ إلى قوله غَصْباً ﴾[2]. أي كل سفينة صحيحة غصباً، وقد قرىء وكان أمامهم ملك يأخذ كل سفينة صحيحة غصباً. ولذلك خرقها الخضر ـ صلى الله على نبينا وعليه. وفي حرف بـن مسعود وأبي بـن كعب: كل سفينة صالحة غصباً.

فصـــل

فالتعدي على رقاب الأموال بالأخذ لها ينقسم على سبعة أقسام، لكل قسم منها حكم[3] يختص به، وهي كلها محرمة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة؛ قال الله عزّ وجلّ: ﴿ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾[4]. وقال: ﴿ وَلَا تَبْخَسُوا النَّـاسَ أَشْياءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾[5]. وقال: ﴿ يا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةٌ عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَكَانَ ذَلِك عَلَى اللهِ يَسِيراً ﴾[6]. وقال: ﴿ ولا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ

---

(١) وجود: ت هـ، وجوب: ق ٢ ـ وهو تحريف ظاهر.

(٢) الآية: ٧٩ ـ سورة الكهف.

(٣) حكم: ق هـ، حد: ت.

(٤) الآية: ١٩٠ ـ سورة البقرة، وجاءت آية أخرى على منوالها ـ وهي: آية: ٨٧ سورة المائدة.

(٥) الآية: ١٨٣ ـ سورة الشعراء.

(٦) الآية: ٢٩ سورة النساء، ومرت الإشارة إليها في مواضع.

﴿ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الحُكَّامِ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُون ﴾[7]. وقال في أموال اليتامى: ﴿ ولا تأكلوا أَمْوَالَهُمْ إلى أَمْوالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوباً كبيراً ﴾[8]. وقال: ﴿ وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ الذِين إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ، وإذَا كَالُوا هُمُ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُون ﴾[9] فإذا كان هذا الوعيد الشديد لمن طفف في المكيال والميزان، فكيف بمن اقتطع الجميع وأخذه. وقال رسول الله ﷺ: «مَنْ ظَلَمَ شِبْراً مِنَ الأَرْضِ طُوِّقَهُ يَوْمَ الْقِيامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِين»[10]. وقال في خطبته المعروفة الغد من يوم النحر بمكة في حجة الوداع[11]: «أَلَا إن دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُم حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ، أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ، أَلَّا هَلْ بَلَّغتُ»[12]. وقال ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْه»[13]. وقال ﷺ: «مَن اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ، حَرَّمَ اللهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ»[14] الحديث[15]. وقال ﷺ: «كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَعِرْضُهُ وَمَالُهُ»[16]. وأما الإجماع، فمعلوم من دين الأمة ضرورة ـ أن أخذ أموال الناس واقتطاعها بغير حق حرام، لا يحل ولا يجوز؛ فمن قال إن ذلك حلال جائز، فهو كافر حلال الدم يستتاب، فإن تاب وإلا قتل.

---

(٧) الآية: ١٨٨ ـ سورة البقرة.

(٨) الآية: ٢ ـ سورة النساء.

(٩) الآية: ١ ـ سورة المطففين.

(١٠) حديث متفق عليه.

(١١) جملة (بمكة في حجة الوداع)، ساقطة في ق ٢.

(١٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث ابن عمر ٩٢/٦.

(١٣) أخرجه أبو داود ـ ومرت الإشارة إليه في مواضع من هذا الجزء.

(١٤) رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث أبي أمامة.
انظر الفتح الكبير ١٦٨/٣.

(١٥) كلمة (الحديث)، ساقطة في ق ٢.

(١٦) رواه مسلم في صحيحه عن القعنبي، انظر السنن الكبرى للبيهقي ٩٢/٦.

فصــل

فأحد الأقسام السبعة[17]: أخذ الأموال على وجه الحرابة.

والثاني: أخذها على وجه الغصب من غير حرابة.

والثالث: أخذها على وجه الاختلاس.

والرابع: أخذها على وجه السرقة.

والخامس: أخذها على وجه الخيانـة[18].

والسادس: أخذها على وجه الإدلال.

والسابع: أخذها على وجه الجهد[19] والاقتطاع.

فصــل[20]

فنتكلم ههنـا على الغصب وحكمه[21]، إذ هو الذي بنيت عليه مسائل هذا الكتاب؛ وأما سائر الأقسام فلنتكلم عليها في مواضع[22]، هي أخص بها من هذا.

فصــل

فأما غصب الأموال فهو أخذها بغير الحق على سبيل القهر والغلبـة والملك للأصل والرقبة، ويستوي في حكمه الأحرار البالغون من أهل الذمة والمسلمين: القرابة والأجنبيين، إلا الوالد من ولده، والجد للأب من حفيده؛ فقيل إنه لا يحكم له بحكم الغاصب الأجنبي، لقول رسول الله ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**»[23].

---

(١٧) الأقسام السبعة: ق ٢ هـ، السبعة الأقسام: ت.

(١٨) الخيانة: ق ٢ هـ، الجبلة: ت.

(١٩) الجهد: ت ق ٢، الحجر: هـ.

(٢٠) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٢١) وحكمه: ق ٢ هـ، وأحكامه: ت.

(٢٢) فلنتكلم عليها في مواضع: ت هـ، فللتكلم عليها مواضع: ق ٢.

(٢٣) أخرجه ابن ماجه عن جابر، والطبراني عن سمرة، وابن مسعود والحديث ضعيف، انظر الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٣/٤٩ ـ ٥٠.

فصـــل

فسواء غصب مسلم من مسلم، أو ذمي من ذمي، أو مسلم من ذمي، أو ذمي من مسلم؛ لقول رسول الله ﷺ: **«مَنْ ظَلَمَ ذِمِّياً أَوْ مُعَاهداً لَمْ يَرِحْ رَائِحة الْجَنَّةِ، وإن[٢٥] رَائِحَةَ الجنَّةِ لَتُوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ خَمْسِمائة سَنَةٍ»**[٢٦].

فصـــل

ويجتمع في الغصب حق لله[٢٧] تعالى، وحق للمغصوب[٢٨] منه، فيجب على الغاصب لِحق الله تعالى الأدب والسجن على قدر اجتهاد الحاكم ليتناهى[٢٩] الناس عن حرمات الله، ولا يسقط ذلك عنه عفو المغصوب منه.

فصـــل[٣٠]

فإن[٣١] كان الغاصب صغيراً لم يبلغ الحلم، سقط عنه الأدب الواجب لحق الله تعالى، لقول رسول الله ﷺ: **«رفع القلم عن ثلاث ـ فذكر فيهم الصبي حتى يحتلم»**[٣٢]، ومعناه في رفع الإثم والحرج عنه فيما بينه وبين الله تعالى، وإذا ارتفع[٣٣] عنه الإثم والحرج، سقط عنه التعزير والأدب، وقد قيل، إن الإمام يؤدبه كما يؤدب الصغير في المكتب، وأخذ بحق المغصوب منه، واختلف إن كان صغيراً لا يعقل فقيل إن ما أصابه من الأموال والديات هدر كالبهيمة العجماء التي

---

(٢٤) كلمة (فصل)، ساقطة في ت.

(٢٥) وإن: ت، فإن: ق ٢ هـ.

(٢٦) أخرجه أبو داود في كتاب الإمارة بلفظ: ألا من ظلم معاهداً أو انتقصه.
انظر ج ١٥٢/٢.

(٣٢٧) لله: ق ٢، الله: ت هـ.

(٢٨) للمغصوب: ق ٢ هـ، المغصوب: ت.

(٢٩) ليتناهى: ق ٢ هـ، لينتهي: ت.

(٣٠) كلمة (فصل) ساقطة في ت.

(٣١) فإن: ق ٢ هـ، وإن: ت.

(٣٢) أخرجه الجماعة إلا مسلماً.

(٣٣) ارتفع: ق ٢ هـ، رفع: ت.

جعل رسول الله ﷺ جرحها جباراً[٣٤]. وقيل إن ما أصابه من الأموال في ماله وما أصابه من الدماء حملته العاقلة ـ إن كان الثلث فصاعداً كالخطأ ـ سواء. وقيل إن ما أصابه من الأموال هدر، وما أصابه من الدماء حملته العاقلة ـ إن بلغ الثلث وحكم هذا[٣٥] حكم المجنون المغلوب على عقله.

فصل

والذي يجب على الغاصب بحق المغصوب منه: أن يرد إليه ماله بعينه[٣٦] إن كان قائماً، أو قيمته يوم الغصب[٣٧] إن كان فائتاً، إلا في المكيل والموزون والمعدود الذي لا يختلف أعيان عدده كالبيض والجوز وما أشبه ذلك، فإنه يرد مثله.

فصل

ولا يفيت الشيء المغصوب حوالة الأسواق ويفيته النقصان والعيوب وإن لم تكن مفسدة كانت بأمر من السماء أو بجناية الغاصب أو جناية غيره، غير أنها إن كانت بأمر من السماء، لم يكن للمغصوب منه إلا أن يأخذه ناقصاً، أو يضمنه قيمته يوم الغصب عند ابن القاسم؛ ويتخرج على مذهب سحنون أنه[٣٨] يأخذه ويضمن الغاصب قيمة العيب يوم الغصب؛ وإن كانت بجناية الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يسقط عنه حكم الغصب فيأخذه وما نقصته[٣٩] جنايته يوم الغصب[٤٠] عند ابن القاسم، وقال سحنون: إنه مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه[٤١]. وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة

---

(٣٤) حديث متفق عليه.

(٣٥) وحكم هذا: ق ٢ هـ، وحكمه: ت.

(٣٦) كلمة (بعينه)، ساقطة في ق ٢.

(٣٧) الغصب: ق ٢، غصبه: ت.

(٣٨) أنه يأخذه: ق ٢ هـ، أن يأخذه: ت.

(٣٩) نقصته: ق ٢ هـ، نقصت: ت.

(٤٠) يوم الغصب: ق ٢ هـ، يوم الجناية: ت.

(٤١) عبارة (عند ابن القاسم. . . أو يأخذه): ساقطة في ق ٢ هـ.

يوم الغصب أو يأخذه ناقصاً ولا شيء له في الجناية؛ ولابن القاسم مثله في المدونة في السارق[42] يهزل ركوبه الدابة، وفي كتاب القذف في الأمة بين الشريكين يطؤها أحدهما وفي غير ما موضع من العتبية والمدونة أيضاً؛ وإن كانت بجناية غير الغاصب، فالمغصوب منه مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني، وبين أن يسقط عن الغاصب طلبه ويتبع الجاني بحكم الجناية؛ وقد قيل إن للمغصوب منه أن يضمن[43] الغاصب في الوجوه كلها التي تفيت المغصوب القيمة أي يوم شاء، فيكون[44] له عليه ارفع القيم، حكى هذا القول ابن شعبان عن ابن وهب، وأشهب، وغيرهما.

فصـــل

واختلف في نقله من بلد إلى بلد إن كان عرضاً أو حيواناً على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك فوت، فالمغصوب منه بالخيار بين أن يأخذ متاعه أو يضمنه قيمته يوم الغصب، وهو قول أصبغ وظاهـر روايته عن أشهب في سماعه من كتاب الغصب.

والثاني: أن ذلك ليس بفوت، فليس للمغصوب منه إلا[45] أن يأخذ متاعه ـ وهو قول سحنون لأنه رأى نقل ذلك كله من بلد إلى بلد بمنزلة حوالة الأسواق.

والثالث: الفرق بين الحيوان والعروض فتفوت العروض ويكون المغصوب فيها بالخيار بين أن يأخذها وبين أن يضمن الغاصب قيمتها يوم غصبها في البلد الذي غصبها فيه. ولا يفـوت الحيوان، فيأخذها المغصوب منه حيث وجدها، ولا يكون له أن يضمن الغاصب قيمتها؛ وهذا في الحيوان الذي لا يحتاج إلى الكراء عليهم كالدواب والوحش من الرقيق؛ وأما الرقيق الذي يحتاج إلى الكراء عليهم من

(٤٢) كلمة (السارق)، ساقطة في ق ٢.
(٤٣) للمغصوب منه أن يضمن: ق ٢ هـ، المغصوب منه أن يضمن: ت.
(٤٤) فيكون: ق ٢ هـ، ويكون: ت.
(٤٥) كلمة (إلا) ساقطة في ق ٢.

بلد إلى بلد، فحكمهم حكم العروض؛ فهي ثلاثة أقوال: قولان متضادان وتفرقة.
وأما الطعام إذا حمله الغاصب من بلد إلى بلد ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه ليس للمغصوب منه إلا مثل طعامه في البلد الذي اغتصبه فيه.

والثاني: أن المغصوب منه بالخيار بين أن يأخذ طعامه بعينه وبين أن يضمنه مثله في البلد الذي اغتصبه فيه.

والثالث: تفرقة أصبغ بين أن يكون البلد الذي حمله إليه قريباً أو بعيداً.

فإن كان قريباً كان بالخيار بين أن يأخذ طعامه وبين أن يضمنه مثله في البلد الذي اغتصبه فيه.
وإن كان بعيدا، لم يكن له إلا مثله في البلد الذي اغتصبه فيه.

فصــل

وأما النماء فينقسم على قسمين:

أحدهما: أن يكون من[46] فعل الله تعالى كالصغير يكبـر، والمهزول يسمن، أو العيب يذهب.
والثاني: أن يكون مما[47] أحدثه الغاصب.

فأما الوجه الأول فليس بفوت على حال.
وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب، فإنه ينقسم في[48] مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك على وجهين:

أحدهما: أن يكون قد أخرج فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبغ والنقض في البنيان، وما أشبه ذلك.

---

(٤٦) فعل: ق ٢ هـ، قبل: ت.
(٤٧) مما: ت هـ، بما: ق ٢.

والثاني: ألا يكون أخرج فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها ثوابت وأبوابها، وما أشبه ذلك.

فأما الوجه الأول وهو أن يخرج فيه من ماله ما له عين قائمة فينقسم على وجهين:

أحدهما أن يكون ذلك الشيء يمكنه إعادته، على حاله كالبقعة بينهما وما أشبه ذلك.

والثاني أن لا يقدر على إعادته على حاله[٤٩] كالثوب يصبغه أو الجلد يدبغه / أو[٥٠] السويق يلته، وما أشبه ذلك.

فأما الوجه الأول: فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ماله فيها من نقض إن كان له فيها نقض، وبين أن يعطي الغاصب قيمة ما له فيها من النقض مقلوعاً مطروحاً بالأرض بعد أجر القلع ـ قاله ابن شعبان، وإليه ذهب ابن المواز. وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بعبيده، وإنما يستأجر عليه؛ وقيل له لا يحط من ذلك أجر القلع على مذهب ابن القاسم في المدونة، وإلى هذا[٥١] ذهب ابن دحون، واعتل في ذلك أن الغاصب لو هدمه لم يكن للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد الهدم، وإن لم يكن في البنيان الذي بنى الغاصب ماله قيمة إذا قلعه لم يكن للغاصب على المغصوب منه[٥٢] شيء لأن من حقه أن يلزم الغاصب هدم البناء وإعادة البقعة إلى حالها؛ فإذا أسقط حقه قبله في ذلك، فلا حجة له؛ ويؤيد ذلك قول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق».

وأما الوجه الثاني فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه، وبين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه، إلا في السويق الذي يلته بالسمن،

---

(٤٩) عبارة (على حاله كالبقعة... على إعادته): ساقطة في ق ٢.

(٥٠) أو الجلد.. أو السويق: ق ٢ هـ، والجلد.. والسويق: ت.

(٥١) هذا: ق ٢ هـ، ذلك: ت.

(٥٢) منه: ت، فيه: ق ٢ هـ.

وما أشبه ذلك من الطعام؛ فلا يخير فيه عنده لما يدخله من الربا، ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له.

وأما الوجه الثاني[٥٣] وهو ألا يكون أخرج الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل فإن ذلك ينقسم على وجهين:

أحدهما: أن يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء عن اسمه مثل الخياطة في الثوب أو الرفوله، وما أشبه ذلك.

والثاني: أن يكون العمل كثيراً ينتقل به الشيء المغصوب عن ذلك الاسم كالخشبة يعمل منها تابوتاً أو أبواباً، أو القمح يطحنه أو الغزل ينسجه أو الفضة يصوغها حلياً، أو يضربها دراهم، وما أشبه ذلك.

فأما الوجه الأول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولاً.

وأما الوجه الثاني: فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه، أو مثله فيما له مثل؛ هذا[٥٤] تحصيل مذهب ابن القاسم في هذا الوجه. وأشهب يجعل في ذلك كله أصله مسألة البنيان فيقول إنه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ[٥٥] والطحن وعمل التابوت والأبواب من الخشبة، وما أشبه ذلك. وقد روي عن ابن القاسم أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب به القيمة يوم الغصب، ولا يكون للمغصوب منه أن يعطيه قيمة الصبغ ويأخذ الثوب؛ وكذلك ما أشبه الصبغ؛ وقد قيل إنهما يكونان شريكين بقيمة الصبغ وقيمة الثوب إن أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ، وأبى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب؛ وهذا القول أنكره في كتاب اللقطة من المدونة، وقال إن الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبهة.

---

(٥٣) الثاني: ت هـ، الثالث: ق ٢.

(٥٤) هذا: ق ٢ هـ، وهذا: ت.

(٥٥) والدباغ: ق ٢ هـ، والدبغ: ت.

فصـــل

والغاصب ضامن لما اغتصب بوضع يده عليه وإن تلف بأمر من السماء كان مما يزال به أو مما لا يزال به إذا قصد إلى غصب الرقبة خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن الغاصب لا يضمن الدار إذا اغتصبها فانهدمت.

فصـــل

واختلف في غلات المغصوب على قولين:

أحدهما: أن حكمها حكم الشيء المغصوب.

والثاني: أن حكمها بخلاف حكم الشيء المغصوب.

فمن ذهب إلى أن حكمها حكم الشيء المغصوب، وهو قول أشهب ـ فيقول إنه يلزمه قيمة الغلة يوم قبضها، أو أكثر ما انتهت إليه قيمتها على الاختلاف في الشيء المغصوب، وإن تلفت بأمر من السماء وتلف الشيء المغصوب، يضمن قيمته يوم الغصب أو أي يوم شاء المغصوب منه على ما حكاه ابن شعبان من الاختلاف في ذلك.

فصـــل

وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة خلاف حكم الشيء المغصوب، فاختلفوا في حكمها اختلافاً كثيراً بعد إجماعهم على أنها إن تلفت ببينة فلا ضمان[٥٦] على الغاصب فيها وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه.

فصـــل

وتحصيل هذا الاختلاف أن الغلل تنقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: غلة متولدة عن الشيء المغصوب على هيئته وخلقته وهو الولد.

---

(٥٦) فلا ضمان: ق ٢ هـ، فالضمان: ت.

وغلة متولدة عنه على غير خلقته وهيئته ـ وهي ثمر النخل ولبن الماشية وجبنها وصوفها وما أشبه ذلك.

وغلل غير متولدة عن الشيء المغصوب وهي الأكرية والخراجات، وما أشبه ذلك.

فأما ما كان متولداً عنه على هيئته وصورته ـ وهو الولد فالاختلاف بينهم أن على الغاصب رده مع الأم إن كانت الأم قائمة وإن ماتت الأم كان مخيراً بين المولد وقيمة الأم.

وأما ما كان متولداً عنه على غير خلقته وهيئته، فاختلفوا فيه على قولين:

أحدهما: أن ذلك للغاصب بالضمان لا يلزمه رده على ظاهر قول النبي عليه السلام «الغلة بالضمان».

والثاني: أنه يلزمه ردها إن كانت قائمة أو قيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك إلا بقوله مع عين الشيء المغصوب. وإن تلف الشيء المغصوب كان مخيراً بين أن يضمنه قيمته ولا شيء له في الغلة، وبين أن يأخذ الغلة ولا شيء له من القيمة.

وأما ما كان غير متولد عنه، فاختلفوا فيه على خمسة أقوال:

أحدها: أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل. الثاني: أنه يلزمه رده جملة من غير تفصيل بين أن يكري أو ينتفع أو يعقل، والثالث: أنه يلزمه الرد إن أكرى ولا يلزمه إن انتفع أو عطل. والرابع: أنه يلزمه إن أكرى أو انتفع ولا يلزمه إن عطل. والخامس: الفرق بين الحيوان والأصول.

فصـــل

وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع بقائها وقيامها.

وأما ما اغتل منها[٥٧] بتصريفها وتفويتها وتحويل عينها كالدنانير يغتصبها

(٥٧) منها: ق ٢ هـ، عنها: ت.

فيغتلها بالتجارة فيها، أو الطعام يغتصبه فيغتله بزرعه في أرضه، فالغلة له قولاً واحداً في المذهب.

فصـــل

وأما إذا لم يقصد إلى غصب الرقبة، فهو ضامن للغلة التي قصد إلى غصبها سواء أكرى أو انتفع أو عطل؛ وسواء كان ذلك مما يزال به أو مما لا يزال به خلافاً لأبي حنيفة فـي قوله إن من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها، فلا كراء عليه في ركوبه إياها ولا في حمله عليها قريباً كان تعديه ذلك عليها أو بعيداً، لأنه ضامن لها إن تلفت في تعديه وهو بعيد.

فصـــل

وكذلك من استكره أمة أو حرة فوطئها، فعليه في الحرة صداق مثلها؛ وفي الأمة ما نقصها بكراً كانت أو ثيباً مع الأدب الوجيع[٥٨] خلاف قول أبي حنيفة إنه لا صداق عليه مع الحد؛ وهذا إذا ثبت عليه الوطء بأربعة شهداء على معاينة الفعل، أو أقر بذلك على نفسه، أو ادعت ذلك عليه مع قيام البينة على غيبته عليها.

وأما إن ادعت عليه أنه استكرهها فَغَابَ[٥٩] عليها ووطئها ولا بينة لها على دعواها، فإن ذلك ينقسم على وجهين: أحدهما أن تدعي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك، والثاني: أن تدعي ذلك على رجل متهم يليق به مثل ذلك؛ وكل واحد من هذين الوجهين ينقسم على وجهين:

أحدهما: أن تأتي مستغيثة متعلقة به متشبثة[٦٠] فاضحة لنفسها تدمى إن كانت بكراً.

والثاني أن تدعي ذلك عليه من غير أن تكون مُتشبثة به ولا تدمى وهي بكر فيأتـي في جملة المسألة أربعة أقسام.

---

(٥٨) جملة (مع الأدب الوجيع)، ساقطة في ق٢ هـ.

(٥٩) فغاب: ق٢ هـ، وغاب: ت.

(٦٠) عبارة (وجهين أحدهما أن تدعي . . . ينقسم على)، ساقطة في ق٢ هـ.

فأما الوجه الأول من القسم الأول وهو أن تدعي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك وهي غير متعلقة[٦١] به فهذا لا اختلاف[٦٢] أنه لا شيء على الرجل وأنها تحد له حد القذف وحد الزنا إن ظهر بها حمل.

وأما[٦٣] إن لم يظهر بها حمل، فيتخرج وجوب حد الزنا عليها على الاختلاف فيمن أقر بوطء أمة رجل وادعى[٦٤] أنه اشتراها منه أو بوطء[٦٥] امرأة وادعى أنه تزوجها فتحد على مذهب ابن القاسم، إلا أن ترجع عن قولها ولا تحد على مذهب أشهب وهو نص قول ابن حبيب في الواضحة؛ وكذلك المجهول الحال في هذا الوجه إذا كانت هي مجهولة الحال أو لم تكن من أهل الصون.

وأما إن كانت من أهل الصون ـ وكان هو مجهول الحال، فيتخرج وجوب حد القذف عليها له على قولين، ويحلف بدعواها على القول بأنها لا تحد له؛ فإن نكل عن اليمين حلفت هي وكان لها صداقها عليه.

وأما الوجه الثاني من القسم الأول وهو أن تدعي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك وتأتي متعلقة به متشبثة قد بلغت فضيحة نفسها، فهذا الوجه يسقط عنها فيه حد الزنا ـ وإن ظهر بها حمل لما بلغت من فضيحة نفسها؛ واختلف هل تحد له حد القذف أم لا: فذهب ابن القاسم إلى أنها تحد له حد القذف وحكى ابن حبيب في الواضحة أنها لا تحد له حد القذف ولا يمين لها عليه على القول بأنها تحد له.

وأما على القول بأنها لا تحد له فيحلف على تكذيب دعواها، فإن نكل عن اليمين حلفت واستحق عليه صداقها؛ وهذا إذا كانت ممن تبالي بفضيحة نفسها.

---

(٦١) متعلقة به متشبثة: ق ٢ هـ، متعلقة متشبثة به: ت.
(٦٢) اختلاف أنه: ق ٢ هـ، اختلاف فيه أنه: ت.
(٦٣) وأما إن: ق ٢ هـ، وإن: ت.
(٦٤) وادعى: ق ٢ هـ، فادعى: ت.
(٦٥) وطء. امرأة: ت هـ وطء: أمة امرأة: ق ٢.

وأما إن كانت ممن لا تبالي بفضيحة نفسها، فتحد له قولاً واحداً. وإن كان مجهول الحال لم تحد له قولاً واحداً ـ إذا كانت ممن تبالي بفضيحة نفسها.

وإن كانت ممن لا تبالي بفضيحة نفسها ـ وهو مجهول الحال فيتخرج إيجاب حد القذف عليها له على قولين.

وأما الوجه الأول من القسم الثاني وهو أن تدعي ذلك على من يشار إليه بالفسق ولا تأتي متعلقة به، فهذا الوجه لا يجب عليها فيه حدّ القذف للرجل ولا حد الزنى لنفسها إلا أن يظهر بها حمل، ولا صداق لها وينظر الإمام في أمره فيسجنه ويستخبر[٦٦] عن أمره ويفعل فيه بما ينكشف له منه، فإن لم ينكشف في أمره شيء استحلف، فإن نكل عن اليمين، حلفت المرأة واستحقت عليه صداق مثلها.

وأما الوجه الثاني من القسم الثاني[٦٧] وهو أن تدعي ذلك على من يشار إليه بالفسق[٦٨]، وتأتي متعلقة به متشبثة تدمى إن كانت بكراً، فهذا الوجه يسقط عنها فيه حد القذف للرجل وحد الزنى ـ وإن ظهر بها حمل، واختلف في وجوب الصداق بها على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يجب لها وهي رواية أشهب عن مالك في كتاب الغصب، لأنه إذا أوجب للأمة ما نقصها فأحرى أن يوجب للحرة صداق مثلها.

والثاني: أنه لا يجب لها وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الحدود في القذف، قال ولو كان أشر من عبدالله الأزرق في زمانه.

والثالث: قول ابن الماجشون في الواضحة أنه يجب لها الصداق[٦٩] إن كانت حرة ولا يجب لها شيء إن كانت أمة.

---

(٦٦) ويستخبر: ت ق ٢، ويتحسس: هـ.
(٦٧) جملة (من القسم الثاني)، ساقطة في ت.
(٦٨) كلمة (بالفسق)، ساقطة في ق ٢ هـ.
(٦٩) الصداق: ق ٢ هـ، صداق المثل: ت.

واختلف إذا وجب لها الصداق بدعواها مع ما بلغت إليه من فضيحة نفسها هل يجب بيمين أو بغير يمين، فروى أشهب عن مالك أنها تأخذه بغير يمين وذهب ابن القاسم إلى أنها لا تأخذه إلا بعد اليمين ـ وهو أصح[70] ـ والله أعلم.

وإن كان مجهول الحال لم يكن لها صداق واستحلف هو، فإن نكل عن اليمين حلفت وأخذت صداقها، وبالله تعالى التوفيق.

---

(٧٠) أصح: ق ٢ هـ، الأصح: ت.

كتاب الاستحقاق

فصل في معنى الاستحقاق

قال الله عزّ وجلّ: ﴿ فَإِنْ عُثِرَ عَلَى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْماً ﴾[1] - أي باطلاً يوجب إثماً فالاستحقاق هو أن يحق الرجل الشيء لنفسه بما تثبت به الحقوق وتمضي لأهلها، وذلك شاهد عدل، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين على مذهب من يرى القضاء باليمين مع الشاهد؛ فإذا أقام ذلك، وجب الحق ولزم القضاء به في الظاهر بعد الإعذار، وإن كان الأمر في الباطن على خلاف ذلك، فليس حكم الحاكم بالذي يحله له؛ قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ وقال: ﴿ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا - إِلَى الحُكَّامِ - ﴾ الآية. وقال رسول الله ﷺ: «إِنَّما أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيه، فَلاَ يَأْخُذ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ »[2]. وروي أن رجلاً من حضر موت ورجلاً من كندة اختصما إلى النبي عليه السلام في أرض باليمن، فقال الحضرمي أرضي اغتصبها أبو هذا، فقال[3] الكندي يا رسول الله أرضي ورثتها عن أبي؛ فقال النبي عليه السلام للحضرمي:

---

(١) الآية: ١٠٧ - سورة المائدة.

(٢) مر تخريجه في كتاب الأقضية رقم (٦٣).

(٣) فقال: ق ٢ هـ، وقال: ت.

«هَلْ لَكَ بَيِّنَةٌ؟» فقال لا، ولكن يحلف بالله ما يعلم أنها أرضي غصبها لي أبوه؛ فتهيأ الكندي لليمين، فقال رسول الله ﷺ: «لَا يَقْتَطِعُ رَجُلٌ مَالاً بِيَمِينٍ إلَّا لَقِيَ الله ـ عَزَّ وَجَلَّ ـ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ»[٤] ـ فتركها الكندي.

فصــل

فإن كان الشيء المستحق له غلة قد اغتلها المستحق منه، فقد قال رسول الله ﷺ: «الخَرَاجُ بِالضمَانِ»[٥]، وقوله: الخراج بالضمان لفظ عام مستقل بنفسه إلا أنه ورد في البيع على ما روي، وذلك أن رجلًا ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله، ثم وجد به عيباً، فخاصَمه إلى النبي ﷺ فرده عليه، فقال له الرجل يا رسول الله، قد استغل[٦] غلامي، فقال النبي عليه السلام: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»، أخرجه أبو داود، وقد اختلف أهل العلم في اللفظ العام الوارد على سبب: هل يقصر على سببه، أو يحمل على عمومه ـ على قولين، الأصح منهما عند أهل النظر: حمله على عمومه، لأن الحجة إنما هي في كلام صاحب الشرع، لا في السبب؛ إذ لو انفرد السبب، لم يوجب حكماً، ولو انفرد لفظ النبي ـ عليه السلام دون السبب ـ لكان له الحكم فلا يعتبر السبب.

فصــل

وكذلك اختلف أهل العلم في قول رسول الله ﷺ الخراج بالضمان، هل يحمل على عمومه في الغاصب والمشتري، ومن ضمن بشبهة وبغير شبهة أو يقصر على المعنى الذي خرج عليه، فيحمل على ما ضمن بوجه شبهة ـ على قولين؛ واختلف في ذلك أيضاً قول مالك رحمه الله: فروى أشهب عنه أن الغاصب لا يرجع عليه بالغلة وتكون له بالضمان في الأصول والحيوان ـ أكرى ذلك كله وقبض الخراج، أو سكن الدار واستخدم العبد، وما أشبه ذلك؛ فعلى هذه الرواية حمل

---

(٤) أخرجه أبو داود بلفظ: لا يقتطع أحد مالاً بيمين، إلا لقي الله وهو أجذم، انظر الفتح الكبير ٣٦٧/٣.
(٥) أخرجه الأربعة من حديث عائشة، ومرت الإشارة إليه.
(٦) استغل: ق ٢ هـ، استعمل: ت.

الحديث على عمومه، وروى عنه أنه أوجب على الغاصب رد الغلة في الحيوان والأصول، وهذا أحد قوليه في المدونة، فقصر الحديث ـ على هذه الرواية على ما خرج عليه ـ وهو ما ضمن بوجه شبهة، وهذان القولان جاريان على قياس.

وأما تفرقته بين الحيوان والأصول، فاستحسان وليس بقياس؛ ووجهه أنه حمل الحديث على عمومه فيما كان بوجه شبهة وبغير وجه شبهة في الحيوان الذي ليس بمأمون، وخصص الأصول من ذلك لكونها[7] مأمونة. لا يخشى عليها التلف، فلا تضمن إلا في النادر، والنادر لا يحكم له[8]؛ وكذلك تفرقة من فرق في الأصول بين أن يكري أو يسكن، وفي رواية أبي الفرج عن مالك وتفرقة من فرق بين ذلك في الحيوان أيضاً استحسان وليس بقياس، إلا أنها كلها أقاويل مشهورة معلومة.

فصـــل

وهذا في الخراج والاستخدام، وأما ما كان من الغلل المتولدة عن الشيء المستحق كاللبن والصوف في الحيوان والثمرة في الأصول فنصوص الروايات أن الغاصب يرد ذلك كله مع الأصول إن كان قائماً، أو مكيلة خرصه ـ إن كان فائتاً، ولا فرق في القياس بين ذلك؛ وقد عده محمد بن المواز اختلافاً من القول وهو الصحيح ـ إن شاء الله؛ ومما يدل على أنه اختلاف من القول: رواية ابن المعذل[9] عن مالك فيما كان من الغلل متولداً عن الشيء المغصوب أنه للغاصب بالضمان، ولا يلزمه رده؛ ولم أر هذه الرواية في أصل كتاب، وإنما أخبرني بها بعض أصحابنا.

فصـــل

وتحصيل هذا الباب أن الضمان ينقسم على وجهين:

أحدهما: ضمان بشبهة.

---

(٧) لكونها: ق ٢ هـ، لأنها: ت.

(٨) له: ق ٢ هـ، به: ت.

(٩) ابن المعذل: ق ٢ هـ، ابن القاسم: ت.

والثاني: ضمان بغير شبهة.

فأما الضمان بالشبهة، فلا اختلاف أن الغلة تكون فيه بالضمان، لورود النص في ذلك عن النبي عليه السلام.

وأما الضمان بغير شبهة ـ كالغاصب والسارق وشبههما، فاختلف فيه على ستة أقوال:

أحدها: أن الغاصب لا شيء له من الغلات كلها كانت متولدة عن الأصول أو غير متولدة عنها، استغل ذلك بقبض الغلات المتولدات[١٠] وقبض الأكرية والخراجات أو انتفع بذلك ولم يغتله أو عطله فلم يكره ولا انتفع به يلزمه في ذلك كله الكراء كراء المثل إن انتفع به أو عطله ولم[١١] ينتفع به. وإن أكرى[١٢] وقبض الخراج، فالأكثر من كراء المثل، أو ما أكراه به، هذا قول مطرف وابن الماجشون في الواضحة.

والقول الثاني: أنه يلزمه رد الغلة والكراء إن أكرى أو انتفع بالاستخدام والسكنى، فإن لم يكر ولا انتفع بشيء من ذلك، فلا شيء عليه.

والقول الثالث: أنه إن أكرى كان عليه الكراء؛ وإن لم يكر، فلا شيء عليه؛ وإن سكن واستخدم، وهي[١٣] رواية أبي الفرج عن مالك.

والقول الرابع: التفرقة بين الحيوان والأصول.

والقول الخامس: التفرقة بين ما كان من الغلل متولداً عن الشيء المستغل كاللبن والصوف والثمرة، أو غير متولد عنها كخراج العبيد وكراء المساكن.

والقول السادس: أن له الغلات كلها وإن كانت متولدة عن الشيء المغصوب.

---

(١٠) المتولدات: ق ٢ هـ، المتولدة: ت.

(١١) ولم: ق ٢ هـ، فلم: ت.

(١٢) أكرى: ق ٢ هـ، أكراه: ت.

(١٣) وهي: ق ٢، وهذه: ت هـ.

فصـــل

وأما ما استحق مما لا ضمان فيه على المستحق منه، فإنه ينقسم أيضاً على قسمين:

أحدهما: أن يكون قد ودى فيما استحق من يده ثمناً.

والثاني: أن يكون لم يؤد في ذلك ثمناً.

فأما ما ودى فيه ثمناً، فلا ضمان عليه فيه، لوجوب الرجوع له بالثمن[١٤] إن تلف عنده، كالرجل يشتري العبد ثم يستحق من يده بحرية أو يشتري الأصل ثم يستحق من يده بحبس؛ فقيل إن الغلة تطيب له بالثمن الذي أدى[١٥] لأنه ضامن للثمن الذي دفع في عدم البائع إن تلف[١٦] ذلك الشيء وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الاستحقاق من العتبية، وبه جرى العمل عندنا فيما يستحق من الأصول بالحبس؛ وقيل إنه يرد الغلة، لأنه إن تلف رجع بالثمن، فلم يكن ضامناً لشيء وهو ظاهر مذهب ابن القاسم في المدونة لأنه علق الغلة بالضمان فيها ـ أعني في المدونة؛ وأما ما لم يؤد فيه ثمناً ولا كان عليه فيه ضمان كالوارث يرث ثم يأتي من هو أحق منه بالوراثة، فلا اختلاف أنه يرد ما اغتل أو سكن لانتفاء وجوه الضمان عنه. واختلف قول مالك إذا سكن ولم يكر فأتى من يشاركه في الميراث، لا من هو أحق به منه على قولين، الأصح منهما رواية علي بن زياد عن مالك بوجوب الكراء عليه في حصة الوارث الطارىء عليه، لانتفاء جميع[١٧] وجوه الضمان عنه.

وأما الحبس إذا استغله بعض المحبس عليهم وهم يرون أنهم ينفردون به، أو سكنوه؛ فقيل إنه لا يرجع عليهم بالغلة ولا بالسكنى وهي رواية ابن القاسم عن مالك في الصدقات والهبات. وقيل يرجع عليهم بالغلة والسكنى جميعاً، وهذا يأتي على رواية علي بن زياد عن مالك في المدونة وهو القياس. وقيل إنه يرجع

---

(١٤) بالثمن: ت هـ، بالضمان: ق.

(١٥) كلمة (أدى)، ساقطة في ق ٢.

(١٦) تلف: ق ٢ هـ، هلك: ت.

(١٧) كلمة (جميع)، ساقطة في ق ٢.

عليهم بالغلة ولا يرجع عليهم بالسكنى وهو نص قول ابن القاسم في المبسوطة، ولا فرق في القياس بين الحبس وغيره، ولا بين الاستغلال والسكنى.

فصــل

فإن اعترض على هذا بالموهوب له[18] يستغل ما وهب له ثم يستحق ذلك من يده أو الوارث يرث فيستغل ثم يستحق ذلك من يده أن الغلة تكون له وهو لم يؤد ثمناً ولا هو ضامن؛ فالجواب عنه أن الوارث والموهوب له يحلان محل من صار إليهما ذلك عنه في وجوب الغلة لهما؛ ألا ترى أن الواهب أو الموروث إذا كان غاصباً حل الوارث والموهوب له محلهما فرد الوارث الغلة؛ وكذلك الموهوب له؛ إلا أنه يختلف فيمن يبدأ على ثلاثة أقوال:

أحدها: المشهور عن ابن القاسم أن الغاصب هو المبدأ ولا يرجع على الموهوب له إلا في عدم الغاصب؛ واختلف على هذا القول إن[19] وجد الغاصب عديماً فرجع على الموهوب له، هل للموهوب له أن يرجع على الغاصب أم لا على قولين. قيل يرجع عليه وهو القياس، وقيل إنه لا يرجع عليه وهو قول ابن القاسم في كتاب كراء الدور من المدونة.

والثاني: قول غير ابن القاسم في كتاب الاستحقاق من المدونة وهو ظاهر قول ابن القاسم في كتاب الشركة منها، وهو قول أشهب في رواية أصبغ عنه من كتاب البضائع والوكالات: أن الموهوب له هو المبدأ ـ ولا يرجع على الغاصب ـ إلا في عدم الموهوب له؛ واختلف على هذا القول إن وجد الموهوب له عديماً فيرجع على الغاصب، هل للغاصب أن يرجع على الموهوب له أم لا على قولين.

والثالث: أنه مخير بين أن يرجع على أيهما شاء ـ يريد ولا رجوع لمن رجع عليه منهما على الآخر، حكى هذا القول ابن عبدوس عن أشهب واختاره سحنون؛ ومثله بالطعام يبتاعه الرجل من الغاصب فيأكله، أنه مخير في اتباع من شاء منهما؛

(18) كلمة (له)، ساقطة في ق ٢ هـ.
(19) إن: ق ٢ هـ، إذا: ت.

وهو تمثيل غير صحيح، لأن المشتري إذا رجع عليه، رجع هو على الغاصب بالثمن؛ والموهوب له إذا رجع عليه، لم يرجع هو على أحد. وقد روي عن أصبغ[٢٠] أن الغاصب إذا وهب فاغتل الموهوب له[٢١] أنه لا يرد الغلة وذلك بعيد، إلا أن يتأول قوله على أنه إنما أراد ألا يرجع عليه إذا كان الغاصب ملياً، أو يكون قوله على مذهب من يرى أن الغلة للغاصب[٢٢] بالضمان فينزل الموهوب له منزلته.

فصـــل

واختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون الغلة له ويجب التوقيف به على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يدخل في ضمانه ولا تجب له الغلة حتى يقضى له به وهو[٢٣] الذي يأتي على قول مالك في المدونة إن الغلة للذي في يديه[٢٤] حتى يقضى بها للطالب وعلى هذا القول لا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفاً يحال بينه وبينه، ولا توقيف غلته، وهو قول ابن القاسم في المدونة أن الرباع التي[٢٥] لا تحول ولا تزول ولا توقف، مثل ما يحول ويزول، وإنما توقف وقفاً يمنع من الأحداث فيها.

والثاني: أنه يدخل في ضمانه وتكون له الغلة ويجب توقيفه وقفاً يحال بينه وبينه إذا ثبت له بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتان ـ وهو ظاهر قول مالك في موطئه إذ قال فيه إن الغلة للمبتاع إلى يوم يثبت الحق، وقول غير ابن القاسم في المدونة إذ قال إن التوقيف يجب إذا أثبت المدعي حقه، وكلف المدعى عليه المدفع[٢٦].

---

(٢٠) أصبغ: ق ٢، أشهب: ت هـ.
(٢١) الموهوب له أنه: ق ٢ هـ، الموهوب أنه ـ بإسقاط (له): ت.
(٢٢) كلمة (بالغاصب)، ساقطة في ق ٢.
(٢٣) وهو: ق ٢ هـ، وهذا: ت.
(٢٤) يديه: ق ٢ هـ، يده: ت.
(٢٥) كلمة (التي)، ساقطة في ق ٢.
(٢٦) المدفع: ق ٢ هـ، البينة: ت.

والقول الثالث: أنه يدخل في ضمانه وتجب له الغلة والتوقيف بشهادة شاهد واحد ـ وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الدعوى والصلح ـ أنه يحلف مع شهادة شاهده وتكون المصيبة منه، وروايته عنه في الكتاب المذكور في مسألة الزيتون إذا ادعاها وأقام شاهداً واحداً أن الثمرة له إذا تؤولت أن معنى المسألة أنه استحق الأصل دون الثمرة؛ وأما على تأويل من تأول أنه إنما ادعى الأصل والثمرة وشهد له بهما جميعاً الشاهد الذي أقامه، فتخرج الرواية عن هذا الباب إلى وجه متفق عليه، وما وقع في أحكام ابن زياد أن التوقيف يجب في الدار بالقفل وتوقيف الغلة بشهادة الشاهد الواحد[٢٧] يأتي على هذا القول؛ وكذلك النفقة أيضاً تجري على هذا الاختلاف؛ وقد فرق في رواية عيسى عن ابن القاسم من كتاب الدعوى والصلح بين النفقة والضمان، وساوى بينهما عيسى من رأيه وهو القياس؛ وكذلك ظاهر المدونة أنه فرق بينهما والصواب أنه اختلاف من القول.

فصـــل

واختلف أيضاً في الحد الذي تكون به الثمرة في استحقاق الأصل غلة فيستوجبها المستحق منه ببلوغها إليه: إما بالحكم والقضاء، وإما بثبوت الحق بشهادة شاهدين؛ وإما بأن يشهد للمستحق شاهد واحد على الاختلاف المذكور في ذلك؛ فروى أبو زيد عن ابن القاسم أن الثمرة تكون للمستحق ما لم تجد، وفي كتاب ابن المواز ما لم تيبس، ويرجع عليه بالسقي والعلاج؛ وعلى ما قال في المدونة في الرد بالعيب ما لم تطب. إذ لم يفرق بين المسألتين؛ وهذا إذا كان المستحق منه اشترى الأصول قبل إبار الثمرة، وأما إن كان اشتراها بعد الإبار فالثمرة للمستحق على مذهب ابن القاسم، ـ وإن جدت، ويرجع عليه بالسقي والعلاج كالرد بالعيب، وعلى مذهب أشهب تكون الثمرة للمستحق ـ ما لم تجد، فإن جدت، كانت غلة للمشتري؛ وأما إن كان اشترى الأصل ـ والثمرة من هبة، فاشترطها، ففي كتاب ابن المواز أن الثمرة تكون للمستحق كيف كانت يبست أو

---

(٢٧) كلمة (الواحد)، ساقطة في ق٢.

جدها أو باعها أو أكللها، ويغرم المكيلة ـ إن عرفها، وإلا فالقيمة، وفي البيع يغرم الثمن الذي باعها به إن فاتت؛ وإن كانت بيد مبتاعها، فهو مخير في أخذها أو إنفاذ بيعها وأخذ الثمن؛ وإن تلفت عند المبتاع، فليس له إلا الثمن؛ وهذا على القول بأنها لا تصير غلة للمبتاع إلا باليبس أو الجداد. وأما على القول الذي يرى أنها تصير له غلة بالطياب، فلا حق له فيها إذا أزهت عند البائع، لأنها قد صارت له غلة بالطياب، ويأخذ المستحق النخل وحدها، ويرجع المستحق منه على البائع بما ينوبها من الثمن، ويسقط عنه ما ناب الثمرة ـ لبقائها بيده؛ إلا أن يكون اشتراؤه إياها من غاصب، أو من مشتر اشتراها بعد الإبار على مذهب ابن القاسم؛ فهي ثلاثة أقوال[٢٨]:

أحدها: أن يكون المستحق منه اشتراها قبل الإبار.

والثاني: أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإبار.

والثالث: أن يكون اشتراها بثمرتها بعد[٢٩] الإزهار والطياب وقد تقدم الكلام عليها.

فصل

ولو جد المشتري الثمرة بعد الإبار وقبل الطياب، ثم استحق الأصل مستحق نظرت: فإن كان[٣٠] اشتراها قبل الإبار فهي غلة له ويرجع بجميع الثمن على البائع؛ وإن كان اشتراها بعد الإبار جرى الحكم فيها على اختلاف قول ابن القاسم وأشهب في العيوب، فتكون للمستحق على مذهب ابن القاسم ـ إن كانت قائمة بيده لم تفت، ويغرم له مكيلة خرصها ـ إن كانت فائتة، وعلى مذهب أشهب هي غلة للمشتري؛ وأما إن كان جدها المشتري قبل الإبار، فلا شيء للمستحق فيها باتفاق، وينظر: فإن كان ابتاعها وفيها ثمر، حَاسبه البائع بما ينوبها من الثمن؛

(٢٨) أقوال: ق ٢ هـ، أحوال: ت.

(٢٩) بعد: ق ٢ هـ، قبل: ت.

(٣٠) كلمة (كان)، ساقطة في ق ٢.

وإن كان ابتياعه إياها قبل أن تكون لها ثمرة، فهي غلة لا يحاسبه البائع بشيء من ثمنها[٣١].

فصـــل

وحيثما وجبت الثمرة للمستحق، يجب للمشتري المستحق منه الرجوع عليه بالسقي والعلاج ـ إن كان عالج وسقى ـ حتى انتلقت الثمرة بسقيه وعلاجه من حال إلى حال على مذهب ابن القاسم وأشهب، وذلك مثل أن يشتري النخل ولا ثمرة فيها فيسقي ويعالج حتى تصير فيها ثمرة، ثم يستحقها مستحق؛ أو يشتريها وفيها طلع لم يؤبر فيسقى وَيعالج حتى يُؤبّر ثم[٣٢] يستحقها منه مستحق بعد الإبار؛ ولو لم تنتقل بسقيه وعلاجه من حال إلى حال، لرجع أيضاً به على مذهب ابن القاسم في الاستحقاق والبيع الفاسد والرد بالعيب على القول بأنه نقض بيع، والشفعة على القول بأن محملها محمل الاستحقاق لا محمل ابتداء بيع؛ والتفليس أيضاً يتخرج الأمر فيه على قولين، وعلى مذهب ابن الماجشون وسحنون لا[٣٣] يجب للمشتري المستحق منه رجوع على المستحق بشيء مما عالج وسقى؛ فهذا تلخيص هذه المسألة، وهي إحدى[٣٤] المسائل الخمس التي تتشابه أحكامها وتفترق في بعض وجوهها.

والثانية الرد بالعيـب.

والثالثة الأخذ بالشفعة.

والرابعة: التفليس.

والخامسة: الرد بالبيع الفاسد، وقد كتبتها في كتاب العيوب ملخصة فأغنى ذلك عن إعادتها ههنا ـ وبالله التوفيق.

فصـــل

وإن كان الشيء المستحق من يد المشتري عبداً أو دابة فزعم المستحق منه

---

(٣١) من ثمنها: ق ٢ هـ، منها: ت.

(٣٢) ثم يستحقها: ت هـ، ويستحقها: ت.

(٣٣) لا: ق ٢ هـ، ولا: ت.

(٣٤) جملة (المسألة وهي إحدى)، ساقطة في ق ٢.

إن بائعه الذي باع ذلك منه غائب ببلد آخر، وأراد الذهاب به إلى ذلك البلد ليسترجع الثمن من بائعه، فذلك له بعد أن يضع للمستحق قيمته؛ فإن وضع له قيمته وذهب به إلى ذلك البلد بكتاب القاضي فوجد به بائعه فرجع عليه بحقه، وزعم البائع المرجوع عليه أن بائعه الذي باعه منه غائب ببلد آخر، وأراد الذهاب به إلى ذلك البلد، ليسترجع الثمن من بائعه؛ فذلك له أيضاً بعد أن يضع للمستحق منه الذي رجع عليه قيمته بذلك البلد، إلا أن تكون قيمته بذلك البلد أقل من القيمة التي وضعها هو للمستحق، فليس له أن يأخذه ويذهب به حتى يضع له مثل القيمة التي وضع ـ وإن كانت قيمته بذلك البلد أكثر من القيمة التي وضعها هو، مثل أن تكون القيمة التي وضعها ثلاثين، ـ وقيمته بذلك البلد أربعون، لم يكن له أن يذهب به حتى يضع قيمته أربعين، لأن ذلك من حق المستحق صاحب الدابة أو العبد؛ فإن وضع الأربعين قيمة ذلك فذهب به وتلف قبل أن يرده، كانت الأربعون للمستحق صاحب الدابة أو العبد[٣٥] وأخذ المستحق منه الثلثين التي وضعها؛ وإن لم يتلف ورده، أخذ الأربعين التي وضع ورد المستحق منه الدابة أو العبد إلى صاحبه الذي استحقه، وأخذ الثلاثين التي وضعها له؛ وإن تلف في رجوعه به كان لصاحبه المستحق له الثلاثون التي وضع له؛ وكذلك إن أراد البائع الأول الذي رجع عليه واضع الأربعين أن يذهب به إلى بلد بائعه، لم يكن ذلك له حتى يضع للذي باع منه الأربعين التي وضع، أو قيمته ـ إن كانت أكثر من الأربعين، مثل أن تكون قيمتها خمسين، لأن ذلك من حق المستحق صاحب الدابة أو العبد[٣٥] وكذلك الحكم في البائع من البائع الأول إن أراد أن يذهب به إلى موضع بائعه لاستخراج حقه منه، وفي المرجوع إليه ـ أبدا من البائعين ـ ما تكرر وتناهى؛ وهذه مسألة لي فيها[٣٦] جواب وقد كتب عني ملخص مبين[٣٧] محتو[٣٨] على جميع فصولها يقف عليه من أراد أن يشفي نفسه بمعرفتها وبالله تعالى التوفيق.

(٣٥ ـ ٣٥) جملة (أو العبد)، ساقطة في ق ٢ هـ، ثابتة في ت.

(٣٦) كلمة (فيها)، ساقطة في ق ٢.

(٣٧) مبين: ت هـ، بين: ق ٢.

(٣٨) محتو: ت ق ٢، يحتوي: ت.

كتاب الصلح

ما جاء في الصلح

قال الله عزّ وجلّ: ﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَن[1] أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ﴾[2] وهذا عام في الدماء والأموال والأعراض، وفي كل شيء يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين؛ وقال تعالى: ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾[3]. وقال: ﴿ وَإِن امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوِ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَالِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً ـ وَالصُّلْحُ خَيْر ﴾[4]. وقال: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنَ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنَ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً ﴾[5]. وقال رسول الله ﷺ في الحسن[6]: «إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ، وَلَعَلَ اللهَ أَنْ يُصْلِحَ بِهِ بَيْنَ فِئَتَيْنِ عَظِيمَتَيْنِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ»[7] فكان كما قال ﷺ. وذهب ﷺ إلى بني عمرو بن عوف

(١) من هنا عادت إلينا نسخة ح ١ ـ بعد غياب طويل.

(٢) الآية: ١١٤ ـ سورة النساء.

(٣) الآية: ٩ ـ سورة الحجرات.

(٤) الآية: ١٢٨ ـ سورة النساء.

(٥) الآية: ٣٥ ـ نفس السورة.

(٦) جملة (في الحسن)، ساقطة في ق ٢ هـ، ثابتة في ت ح ١.

(٧) رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي والنسائي، من حديث أبي بكرة. انظر الفتح الكبير ٢٨٥/١.

ليصلح بينهم[٨]. وروي أن أهل قباء اقتتلوا حتى تراموا بالحجارة فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال: «**اذهبوا بنا نصلح بينهم**» وعرض جابر بن عبدالله رضي الله عنه على غرماء أبيه أن يأخذوا الثمر بما لهم عليه فأبوا ولم يروا أن فيه وفاء، فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال له: «**إذا جذذته ووضعته في المربد فآذني**»، فلما كان ذلك، آذنه فأتى هو وأبو بكر وعمر رضي الله عنهم فجلس عليه ودعا بالبركة فيه، ثم قال: «**ادع غرماءك فأوفهم**»، فكال منه لأهل دينه وبقي منه مثل الذي كان فيه بعد قضاء الدين[٩].

فصل

فالإصلاح بين الناس فيما يقع بينهم من الخلاف والتداعي في الأموال وغيرها من نوافل الخير المرغب فيها المندوب إليها. ولا بأس على الإمام أن يشير على الخصوم بذلك، رُوى أن رسول الله ﷺ سمع صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما، وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء ـ وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج رسول الله ﷺ فقال: أين المتألي على الله[١٠]؟ ألا يفعل المعروف؟ فقال: أنا يا رسول الله. فله أي ذلك أحب. وروي أن كعب بن مالك تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في عهد النبي عليه السلام في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج حتى كشف سجف حجرته، فنادى كعب بن مالك فقال: يا كعب، قال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر، فقال كعب قد فعلت يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: «**قم فاقضه**»[١١]. وهذا الحديث أصل لما تلهج العامة به من قولها خير الصلح الشطر، ولا صلح إلا بوزن.

---

(٨) حديث متفق عليه.

(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بألفاظ مختلفة.
انظر ج ٦٤/٦.

(١٠) أخرجه البخاري في كتاب الصلح.

(١١) حديث متفق عليه، انظر السنن الكبرى للبيهقي ٦٤/٦.

فصل

وإذا أشار الإمام على المتخاصمين بالصلح وندبهما إليه وحضهما عليه فأبيا أو أبى أحدهما، فلا يجبرهما عليه، ولا يلح عليهما فيه إلحاحاً يشبه الإلزام؛ ولكنه[١٢] يفصل بينهما بواجب الحق وصريح الحكم، كما فعل رسول الله ﷺ. روي في الصحيح أن الزبير بن العوام خاصم رجلاً من الأنصار في شراج من الحرة كانا يسقيان به كلاهما، فقال رسول الله ﷺ: «**اسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِلْ[١٣] إِلى جَارِكَ**»، فغضب الأنصاري فقال يا رسول الله أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «**اسْقِ وَاحْبِسْ حَتَّى يَبْلُغَ الْجِذْرَ**»[١٤]. فاستوفى[١٥] رسول الله ﷺ للزبير حقه ـ وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأي سعة له وللأنصاري فلما أحفظ الأنصاري رسول الله ﷺ استوفى[١٥] للزبير حقه في صريح الحكم. قال عروة قال الزبير والله ما أحسب هذه الآية نزلت: ﴿**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ، ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسليماً**﴾[١٦] إلا في ذلك.

فصل

وإنما ينبغي للإمام أن يندب المتخاصمين إلى الصلح ويديرهما ـ عليه ما لم يتبين له أن الحق لأحدهما، فإذا تبين له ذلك، لم يتأن في الحكم له ـ رجاء أن يصالحا، فقد قال عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ في رسالته إلى أبي موسى الأشعري، فاحرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء[١٧].

فصل

ولا يجوز الصلح بالحرام قال رسول الله ﷺ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ**،

---

(١٢) ولكنه: ح ١ ق ٢، ولكن: ت.

(١٣) أرسل إلي: ح ١ ق ٢ هـ، أرسل الماء إلي ـ بزيادة (الماء): ت.

(١٤) حديث متفق عليه.

(١٥ ـ ١٥) فاستوفى: ق ٢ هـ، فاستوعى: ت ح ١.

(١٦) الآية: ٦٥ ـ سورة النساء.

(١٧) مرت الإشارة إليها في كتاب الأقضية ـ وقد أوردها المؤلف برمتها.

إلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً»[١٨]. فكل ما يتراضـى عليه المتصالحان فهو جائز ما لم يجر ذلك إلى تحليل حرام أو تحريم حلال، واختلف فيه إذا وقع: فقيل إنه يفسخ ويرد ولا يمضي وهو قول جمهور أهل العلم، وذهب أصبغ إلى أنه يجوز في وجه الحكم ولا يحل له فيما بينه وبين الله أن يأخذ إلا ما يجوز في التبايع؛ واحتج لذلك بما روي أن علي بن أبي طالب أُتي بصلح فقرأه فقال: هذا حرام، ولولا أنه صلح لفسخته ـ والأول أصح، لثبوته عن النبي عليه السلام قولاً وعملاً؛ فأما قوله فهو ما روي عنه في الصحيح أنه قال: من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد[١٩]. وأما عمله وقضاؤه فهو ما حكاه مالك في موطئه من رواية أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فقال أحدهما يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله وقال الآخر الحديث بطوله إلى قوله: «أما غنمك وجاريتك فرد عليك»[٢٠]. وأبطل ﷺ كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط.

فصـــل

والصلح إنما هو قبض شيء عن عوض، فهو يشبه المبايعة ويجري مجراها في أكثر الوجوه؛ فلا ينبغي أن يمضي فيه[٢١] الحرام كما لا يمضي في البيوع، ولا اختلاف إذا انعقد الصلح بين المتصالحين على حرام لا يحل لواحد منهما في أنه يفسخ، مثل أن يدعي رجل على رجل أن له عليه عشرة دنانير فيقر له منها بخمسة وينكر الخمسة، فيصالحه عن جميع دعواه بدراهم إلى أجل، وما أشبه ذلك؛ وإنما يختلف إذا انعقد الصلح على حرام في حق أحد المتصالحين دون صاحبه، مثل أن يدعي عليه عشرة دنانير فينكره فيها فيصالحه عنها بدراهم إلى أجل، لأن المدعي لا يحل له أن يأخذ في عشرة دنانير له دراهم إلى أجل، والمدعى عليه جائز له أن

---

(١٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث أبي هريرة.
انظر ج ٦٣/٦.
(١٩) حديث متفق عليه.
(٢٠) أخرجه مالك في كتاب الحدود ص ٥٩١ ـ حديث (١٤٩٧).
(٢١) فيه: ت ح ١، فيها: ق ٢ هـ.

يصالحه عن يمينه الواجب له عليه بدعواه على دراهم إلى أجل؛ فهذا أمضاه أصبغ، ولم يفسخه بحكم على ما جاء عن علي بن أبي طالب، والمشهور أنه يفسخ؛ وأما الصلح المكروه[٢٢] فقيل إنه يجوز إذا وقع، وقال ابن الماجشون يفسخ إذا عثر عليه بحدثانه ما لم يطل؛ وهو أن يقع بين المتصالحين على وجه ظاهره الفساد ولا يتحقق في جهة واحدة منهما مثل أن يدعي كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم وينكره فيها ولا يقر له بشيء منها، فيصالحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه بما يدعيه قبله إلى أجل، لأن كل واحد منهما يقول: لا حرام فيما فعلت، لأني واهب لما أعطيت؛ والظاهر أن كل واحد منهما أخر صاحبه بماله عليه على أن يؤخره بماله عليه، فيدخله أسلفني وأسلفك، ويخشى أن يكون لكل واحد منهما على صاحبه بعض ما يدعيه عليه، فيكون كل واحد منهما قد أخر صاحبه بماله عليه على أن يزيده فيه، وذلك الربا المحرم بالقرآن؛ فقف على أنها ثلاثة وجوه:

وجه يفسخ فيه الصلح باتفاق.

ووجه يفسخ فيه على اختلاف.

ووجه لا يفسخ فيه[٢٣] باتفاق إلا أن يعثر عليه بحدثانه فيفسخ على اختلاف.

فصـــل

ومن مسائل الصلح التي تجري مجرى البيوع فيما يحل فيها ويحرم منها ـ مسألة الصلح في العيب يوجد بالعبد وهي مسألة وقعت في المدونة ناقصة الوجوه غير كاملة المعاني، فرأيت أن أوردها هنا باستيعاب وجوهها وكمال معانيها ـ إن شاء الله، ولا قوة إلا بالله؛ فإذا باع الرجل عبداً فادعى المبتاع أن به عيباً وأراد مصالحة البائع، فإن الأمر لا يخلو في ذلك من وجهين:

---

(٢٢) المكروه: ق ٢ هـ، بالمكروه: ت ح ١.

(٢٢) كلمة (فيه)، ساقطة في ق ٢.

أحدهما: أن يكون العبد فائتاً.
والثاني: أن يكون قائماً.

فصل[٢٤]

فأما إن[٢٥] كان فائتاً فلا يخلو الأمر من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون باعه بنقد فانتقد[٢٦].
والثاني: أن يكون باعه بنقد فلم ينتقد.
والثالث: أن يكون باعه إلى أجل.

فأما إذا باعه بنقد وانتقد[٢٧] ثم وجد المبتاع به عيباً بعد فواته، فجائز للبائع أن يصالحه على دنانير أو دراهم أو عروض نقداً بعد معرفتهما بقيمة العيب، لأن قيمة العيب من الثمن الذي نقد، قد وجبت للمبتاع قبل البائع فجائز له أن يبيعها بما شاء إذا تعجل، ولا يجوز له أن يصالحه على دراهم إلى أجل ـ إن كان البيع بدنانير، ولا على عروض إلى أجل لأنه يدخله في العروض فسخ الدين في الدين، وفي الدراهم الصرف المتأخر؛ وإن صالحه على دنانير إلى أجل لم يجز إلا أن يكون مثل قيمة العيب فأقل، فإن كانت أكثر من قيمته فلا يجوز.

فصل

وأما إن لم ينقد الثمن حتى اطلع على العيب فجائز للبائع أن يصالحه على عرض معين يدفعه، أو موصوف إلى أجل يجوز إليه السلم، ولا يجوز بدراهم نقداً ولا إلى أجل، إلا أن يكون يداً بيد مثل الصرف وأما بالذهب فلا أعرف في ذلك نص رواية والنظر يوجب ـ عندي ألا يجوز على[٢٨] مذهب مالك إلا مراطلة كفة بكفة بعد معرفتهما بقيمة العيب وتقاربهما عليه[٢٩].

(٢٤) كلمة (فصل)، ساقطة في ت ح ١.
(٢٥) فأما إن: ت ح هـ، فإن: ق ٢.
(٢٦) فانتقد: ح ١ ق ٢ هـ، وانتقد: ت.
(٢٧) وانتقد: ت ح ١ هـ، فانتقد: ق ٢.
(٢٨) يجوز على مذهب: ت ح ١ هـ، يجوز إلا على مذهب: ق ٢.
(٢٩) عليه: ت ح ١ هـ، على العيب: ق ٢.

وأما إن ادعاه المبتاع وأنكره البائع فلا يجوز وإن أحضر المبتاع قيمة العيب، من الذهب وراطله بها، لأنه لم يرض بهذه المراطلة إلا بما طرح عنه البائع من مئونة إثبات العيب والعناء في ذلك أو اليمين؛ لأن البائع لو نكل عن اليمين وجبت على المبتاع فصار إنما رضي بالمراطلة بما أسقط عنه من اليمين، فيدخله التفاضل بين الذهبين؛ وأما على مذهب ابن القاسم، فينبغي أن يكون الصلح بالذهب جائزاً إذا أحضر قيمة العيب وراطله بها. وإن كان البائع منكراً للعيب، لأن المبتاع إن نكل يدعي باطلاً فلا يجوز له أن يأخذ منه قليلاً وكثيراً. وإن كان يدعى حقاً، فجائز له أن يراطله بما يعلم أنه قد سقط من قيمة العيب، وإنما الذي يجوز بلا كلام أن يحط عنه من الثمن الذي عليه ما يتفقان عليه من قليل أو كثير.

فصــل

وأما إن كان الثمن مؤجلاً، فجائز له أن يصالحه على عروض أو طعام نقداً، ولا يجوز على عروض مؤجلة؛ لأنه يدخله الدين بالدين؛ ولا على دراهم نقداً ولا إلى أجل؛ وأما الدنانير فقال في المدونة: إنه لا يجوز، فقيل إن معنى ذلك إن كانت الدنانير التي صالحه عليها أقل من قيمة العيب.

وأما إن كانت مثلها أو أكثر منها، فذلك[٣٠] جائز؛ لأنه لا يتهم أن يعطي ذهباً ويأخذ مثلها أو أقل[٣١] منها ـ إذا حل الأجل؛ هذا تأويل ابن أبي زيد وأحمد بن خالد؛ وقيل إن ذلك لا يجوز بحال وإن كانت الدنانير مثل قيمة العيب أو أكثر منها إذا كان البائع منكراً للعيب؛ لأن البائع إنما رضي بدفع دنانيره في مثلها أو في أقل منها إلى أجل، لما[٣٢] طرح عنه المبتاع من الخصومة في قيمة العيب، فصار ذلك سلفاً جر نفعاً[٣٣]، ودنانير في دنانير إلى أجل.

---

(٣٠) كلمة (فذلك)، ساقطة في ت.
(٣١) أو أقل: ت ح ١ هـ، أو أكثر: ق ٢.
(٣٢) كلمة (لما)، ساقطة في ق ٢.
(٣٣) نفعاً: ح ١ ق ٢، منفعة: ت هـ.

فصــل

وأما الوجه الثاني ـ وهو أن يكون العبد قائماً لم يفت، فلا يخلو أيضاً من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون باعه بنقد فانتقد.

والثاني: أن يكون باعه بنقد فلم ينتقد.

والثالث: أن يكون باعه بثمن إلى أجل.

فصــل(٣٤)

فأما الوجه الأول وهو أن يبيعه بنقد فينتقد ثم يجد المبتاع به عيباً فلا يخلو أيضاً من وجهين:

أحدهما: أن يصالحه البائع بشيء يعطيه على ألا يرده عليه.

والثاني: أن يصالحه المبتاع بشيء يعطيه على أن يرده عليه.

فصــل(٣٥)

فأما إذا صالحه المبتاع بشيء يزيده على أن يرده عليه، فإن كانت الزيادة عرضاً فلا بأس به نقداً أو إلى أجل؛ وإن كانت الزيادة ورقاً وقد باع بذهب، فلا بأس به نقداً إذا كان أقل من صرف دينار، ولا يجوز إلى أجل؛ وإن كانت الزيادة ذهباً، فلا تجوز نقداً ولا إلى أجل، لأنه ذهب وعرض بذهب؛ فلا يجوز إلا على المقاصة.

وأما إن صالحه البائع بشيء يزيده على ألا يرده عليه، فإن كانت الزيادة دنانير نقداً وقد باع بدنانير فذلك جائز؛ لأنه كان استرجع ذلك من الثمن وأمضى العبد بما بقي.

فإن(٣٦) كانت الزيادة دنانير إلى أجل، فلا يجوز لأنه بيع وسلف؛ وإن

---

(٣٤) كلمة (فصل)، ساقطة في ت ح ١، ثابتة في ق ٢.

(٣٥) كلمة (فصل)، ساقطة في ت، ثابتة في ح ١ ق ٢.

(٣٦) فإن: ق ٢ هـ، وإن: ت ح ١.

تأخرت الدنانير من غير شرط، فذلك جائز؛ وإن[٣٧] صالحه على دراهم إلى أجل، فلا يجوز؛ لأنه يدخله الصرف المتأخر كأنه باع منه عبداً ودراهم إلى أجل بدنانير نقداً؛ وإن كانت الدراهم نقداً، فذلك جائز إن كانت أقل من صرف دينار على مذهب ابن القاسم؛ ويجوز على مذهب أشهب ـ وإن كانت أكثر من صرف دينار. وإن كانت الزيادة عروضاً نقداً. فذلك جائز ـ وإن كانت العروض إلى أجل فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فأجازه مرة ومنع منه أخرى.

فصل

وأما الوجه الثاني ـ وهو أن يبيعه بنقد، فلا ينتقد حتى يجد المبتاع عيباً فلا يخلو أيضاً من وجهين:

أحدهما: أن يصالحه البائع بزيادة على ألا يرده عليه.

والثاني: أن يصالحه المبتاع بزيادة على أن يرده عليه.

فأما إذا صالحه البائع على أن لا يرده عليه ويزيده، فإن كانت الزيادة دنانير، لم يجز إلا أن تكون مقاصة؛ لأنه إذا انتقده يصير[٣٨] قد باع عبداً ودنانير بدنانير، وإن زاده دراهم لم يجز إلا أن يكون نقداً، ويكون أقل من صرف دينار على مذهب ابن القاسم؛ وإن زاده عروضاً نقداً أو مؤجلة موصوفة، فذلك جائز؛ وأما إذا صالحه المبتاع على أن يرده عليه بزيادة يزيده إياها، فإن كانت الزيادة دنانير نقداً، فذلك جائز؛ وإن كانت الزيادة إلى أجل، لم يجز؛ لأنه بيع وسلف أعطاه العبد ببعض الثمن الواجب له عليه على أن يؤخره ببقيته؛ وإن كانت الزيادة دراهم يسيرة أقل من صرف دينـار جاز؛ لأنه كأنه قد باع منه العبد ببعض الثمن على أن صرف منه بقيته، وإن كانت الزيادة عرضاً نقداً، فذلك جائز؛ وإن كانت الزيادة شيئاً إلى أجل، لم يجز لأنه فسخ دين في دين.

---

(٣٧) وإن: ح ١ ق ٢، فإن: ت هـ.

(٣٨) كلمة (يصير)، ساقطة في ق ٢.

فصـــل

وأما الوجه الثالث وهو أن يشتري منه العبد بدنانير إلى أجل ثم يجد المبتاع به عيباً، فلا يخلو أيضاً من وجهين:

أحدهما: أن يصالحه البائع على ألا يرده عليه.

والثاني: أن يصالحه المبتاع على أن يرده عليه.

فأما إذا صالحه البائع على ألا يرده عليه بزيادة يزيده إياها، فإن كانت الزيادة دنانير ـ وقد كان باعه إياها[٣٩] بدنانير، فإن كانت الدنانير[٤٠] نقداً أو إلى غير أجل الثمن، فلا يجوز؛ لأنه كأنه قد باعه عبداً ودنانير بدنانير إلى أجل؛ وإن[٤١] كانت الدنانير إلى أجل الثمن فذلك جائز، لأنه مقاصة إذا حل الأجل قاصه بها من الثمن وأخذ بقيمته فكأنه حط عنه بعض الثمن من أجل العيب الذي طعن فيه. وإن كانت الزيادة دراهم فلا يجوز نقداً كانت أو مؤجلة؛ وإن كانت الزيادة عروضاً فذلك جائز نقداً ولا يجوز إلى أجل، وأما إذا صالحه المبتاع على أن يرده عليه بزيادة يزيده إياها، فإن كانت الزيادة[٤٢] عرضاً معجلاً، فذلك جائز ـ ولا يجوز إلى أجل؛ وإن كانت الزيادة دنانير معجلة أو مؤجلة، لم يجز إلا إلى ذلك الأجل بعينه؛ لأنه يكون مقاصة؛ وإن كانت الزيادة دراهم، لم يجز نقداً ولا إلى أجل؛ لأنه إن كانت الزيادة عرضاً مؤجلاً دخله فسخ الدين في الدين: فسخ ما وجب عليه من الثمن المؤجل في عرض معجل وهو العبد، وعرض مؤجل وهي الزيادة؛ وإن كانت الزيادة دنانير نقداً وقد باعه بدنانير، دخله ما يدخل إحدى مسألتي ربيعة: ضع وتعجل، وعرض وذهب بذهب ـ إلى أجل؛ وكذلك إن كانت الدنانير التي زاده مؤجلة، وإن كانت الزيادة دراهم نقداً أو مؤجلة دخله الصرف المتأخر[٤٣]؛ هذا تحصيل هذه المسألة فانحصرت وجوهها إلى تسع مسائل: ثلاث في فوات العبد، وست في قيامه، وبالله تعالى التوفيق.

---

(٣٩) إياها: ت ح ١، إياه: ق ٢، غير مقروءة في ت.

(٤٠) الدنانير: ح ١ ق ٢ هـ، الزيادة: ت.

(٤١) وإن: ح ١ ق ٢ هـ، فإن: ت.

(٤٢) كلمة (الزيادة)، ساقطة في ت.

(٤٣) المتأخر: ح ١ ق ٢ هـ، المستأخر: ت.

كتاب العرايا

فصل في اشتقاق لفظ العرية

العرية مأخوذة من قولهم عروت الرجل أعروه إذا جئته تلتمس بره ومعروفه، من قوله عزّ وجلّ: ﴿ وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرّ ﴾[1]. وقيل إنها مأخوذة من تخلي الإنسان عن ملكه على الثمرة، من قوله عزّ وجلّ: ﴿ فَنَبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ ﴾[2]. وقيل: إنما سميت عرية، لأنها تعرى من[3] المساومة عند البيع إذا جعلها عامة للمحتاج، والفعل الإعراء من أعرى يعري إعراء؛ قال صاحب العين فعلى هذه الوجوه: العرية اسم للثمرة الموهوبة، وقد قيل إن أصل هذه الكلمة مأخوذة من النخل تعرى من ثمرتها بالهبة لثمرتها، فسميت عرية لذلك؛ فعلى هذا تكون العرية اسماً للنخلة التي وهبت ثمرتها لا للثمرة الموهوبة، والأول أظهر وأولى لتأييد الآثار له.

فصل في معنى الإعراء

والإعراء: هبة الثمرة في أصول الشجر والثمرة الموهوبة هي العرية، والعرية[4] تختص بالرخصة الواردة فيها[5] عن النبي عليه السلام، ويكون سقيها

---

(١) الآية: ٣٦ ـ سورة الحج.

(٢) الآية: ٤٥ ـ سورة الصافات.

(٣) من: ح ١ ق ٢ هـ، عن: ت.

(٤) كلمة (والعرية)، ساقطة في ق ٢.

(٥) كلمة (فيها)، ساقطة في ق ٢.

وزكاتها على المعري إذا سماها عرية على مذهب ابن القاسم؛ فإن لم يسمها عرية ـ وإنما قال وهبتك الثمرة، لم تختص بالرخصة، وكان السقي والزكاة على الموهوب له؛ وذهب ابن حبيب إلى أن هبة الثمر[٦] في رؤوس الشجر[٧] عرية ـ سماها عرية أو هبة، تختص بالرخصة وتكون الزكاة والسقي على المعري والواهب؛ وحكى سحنون في المدونة عن كبار أصحاب مالك أنهم لم يفرقوا في السقي والزكاة بين العرية والهبة يريد وإن افترق ذلك عندهم في الرخصة الواردة، فإنه لا يفترق في السقي والزكاة، ويكون ذلك على المعرى والموهوب له؛ وحكى ابن المواز أنهم لم يختلفوا في سقي العرية أنها على المعرى، وإنما اختلفوا في زكاتها فقال أشهب: إنها على المعرى كالهبة إلا أن يعريه بعد الزهو؛ قال: وما روى عن مالك أنها على رب الحائط رمية رمى بها، والصحيح أن الاختلاف داخل في السقي أيضاً على ما ذكرناه؛ وكثيراً ما يفعل هذا محمد بن المواز ينفي الاختلاف الموجود، وسحنون يقول إن كانت العرية بيد المعري يسقيها ويقوم عليها، فالزكاة عليه؛ وإن كانت بيد المعرى يسقيها ويقوم عليها فالزكاة عليه.

فصـــل

والمعنى في الفرق بين الهبة والعرية عند من فرق بينهما: أن العرية هي ما يقصد به المواساة في الثمرة لا ـ عين المعرىَ ـ على ما كان عليه الصحابة رضي الله عنهم من المواساة بثمر حوائطهم لمن لا حائط له؛ فكأنها على ملك المعري ـ ما لم تطب، يجب عليه سقيها وزكاتها، ولا تجب للمعرى إلا بالطياب ـ وإن قبضها قبل ذلك، إذ[٨] لم يقصد بها عينه؛ والهبة ما قصد بها عين الموهوب له، فخرجت عن ملك الواهب، ووجبت للموهوب له بالقبض.

فصـــل[٩]

والعرية هبة من الهبات، فإذا سماها عرية علم أنه قصد بها المواساة لا عين

(٦) الثمر: ت ق ٢ هـ، الثمرة: ح ١.
(٧) الشجر: ح ١ ق ٢ هـ، النخل: ت.
(٨) إذ: ت ح ١، إذا: ق ٢ ممحوة في هـ.
(٩) كلمة (فصل)، ساقطة في ح ١.

المعرى، وإذا لم يسمها عرية وإنما قال وهبتك[10] الثمرة احتمل أن يريد بها عين الموهوب له على سبيل الهبة المحضة له، وأن يكون إنما قصد بها المواساة على معنى العرية، لا عين الموهوب له، فحملها ابن القاسم على الهبة المحضة حتى يبين أنه أراد بها العرية؛ وحملها ابن حبيب على العرية حتى يبين أنه أراد الهبة المحصة؛ وأوجب كبار أصحاب مالك في المدونة السقي والزكاة في العرية على المعرى؛ ووجه ذلك أن العرية قد وجبت للمعرى بالقبض وجوباً لو أراد المعري صرفها إلى غيره، لم يكن ذلك له، فأشبه الهبة المحضة المقصود بها عينه؛ ويلزم على هذا أن تجب له وتورث عنه ـ إذا قبضها أبرت أو لم تؤبر ـ كالهبة؛ فيأتي على هذا التعليل فيما تجب به العرية للمعرى أربعة أقوال:

أحدها هذا، والثاني: أنها تجب[11] له بالإبار قياساً على قول أشهب في الحبس.

والثالث أنها لا تجب لها إلا بالطياب، وهي رواية محمد بن خالد عن ابن القاسم.

والرابع: أنها تجب له وتورث عنه إذا قبض الأصول، وإن لم تطلع الثمرة بعد على ظاهر ما في كتاب الهبة والصدقة من المدونة، القولان منها على القول بالعرية لا يقصد بها عين المعرى، وإنما يقصد بها المواسة، والقولان الآخران على القول بأن العرية يقصد بها عين المعرى، فلا تفترق من الهبة إلا في الرخصة.

وأما قول من فرق بين الزكاة والسقي في العرية، فلا وجه له عندي من جهة النظر، لأن الثمرة إن كانت قد وجبت للمعرى بقبض الأصول أو بقبضها مع الطلوع على القول بأنها تجب له بذلك، وإن مات المعري، فيجب أن يكون عليه سقيها كما تكون عليه زكاتها؛ لأن من حق المعري أن يقول للمعرى: لا أسقي

---

(١٠) وهبتك: ح ١ ق ٢، وهبت لك: ت.
(١١) أنها تجب: ت ح ١ هـ، أنها لا تجب: ق ٢.

الثمرة، إذ لا حق لي فيها ـ وأنت بالخيار إن شئت فاسق ثمرتك وإن شئت فدع؛ وإن كانت الثمرة لم تجب للمعرى إلا بالطياب على القول بأنها باقية على ملك المعري ما لم تطب؛ وإن قبضها المعرى فيجب أن تكون على المعرى زكاتها كما يكون عليه سقيها؛ ووجه الفرق بينهما من جهة الاستحسان: أن سقي الثمرة لما كان فيه منفعة الحائط سلمت الثمرة أو ذهبت كان السقي على ربه ـ وهو المعري؛ وإن كانت الثمرة قد وجبت للمعرى وكانت زكاتها عليه ولا يحمل ذلك القياس؛ لأن من حق صاحب الحائط ألا يسقي حائطه وإن تلف.

فصـــل

وأرخص رسول الله ﷺ في بيع العرية بخرصها، ذكر مالك رحمه الله في موطئه عن نافع عن عبدالله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها[12]. وعن داود بن الحصين، عن سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق شك داود[13]: قال خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق[14]. فقوله[15] ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها، وأرخص في بيع العرايا بخرصها دليل على أن العرية اسم للثمرة الموهوبة لا للأصول التي أعريت ثمرتها. ومن قال إن العرية اسم للأصول التي أعريت ثمرتها، ذهب إلى أن معنى قوله أرخص في بيع العرايا، أرخص في بيع ثمرة العرايا، فحذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه، مثل قوله تعالى: ﴿ **واسْئَلِ الْقَرْيَةَ** ﴾[16] يريد أهل القرية، وهذا كثير في كلامهم، إلا أنه من المجاز؛ وحمل الكلام على الحقيقة، أولى من حمله على المجاز.

---

(١٢) انظر الموطأ رواية يحيى ص ٤٢٦، حديث (١٣٠٣).

(١٣) داود قال: ح ١ ق ٢ هـ، داود هل قال: ت.

(١٤) الموطأ ص ٤٢٧.

(١٥) فقوله ـ ص ـ أرخص: ح ١ ق ٢ هـ، قوله: أن رسول الله ـ ﷺ ـ أرخص: ت.

(١٦) الآية: ٨٢ ـ سورة يوسف.

فصــل

فبيع العرايا بخرصها إلى الجداد مستثناة[17] من المزابنة وسائر وجوه الربى بالرخصة، لوجهين:

أحدهما نفي الضرر الداخل على المعري ببقاء يد المعرى على عريته، وذلك أن الناس كانوا يتواسون فيما بينهم فيطعم من له نخل لمن لا نخل له ـ النخلة والنخلات من نخله، فكان يشق على المعري دخول المعرى عليه لجمع عريته والقيام عليها؛ لامتناعه بذلك من الانفراد في حائطه بأهله وولده ـ على ما جرت به عادتهم؛ فيؤدي ذلك من المشقة عليه إلى ما يمنع من الإعراء في عام آخر.

والوجه الثاني القصد إلى المعروف والرفق دون المكايسة وذلك أن المعرى إذا احتاج إلى حفظ عريته وجمع سواقطها والقيام عليها، لزمه من المشقة في ذلك أكثر من قدر قيمتها، فيؤدي ذلك إلى أن لا ينتفع بعريته فاحتاج المعرى إلى من يكفيه مؤونته عريته، كما احتاج المعري إلى الانفراد في حائطه، فرخص رسول الله ﷺ لهذا المعنى أن يخرص على المعري عريته التي أعراها ويكون عليه خرصها ثمراً عند الجداد إذا تراضيا بذلك واتفقا عليه.

فصــل

فبيع العرية بخرصها من معريها، ليس ببيع على الحقيقة؛ وإنما هو معروف اتبعه معروفُ الأول ونفى به الضرر على نفسه بأن التزم له عريته بخرصها إلى الجداد، كما تخرص عليه الزكاة التي تجب لأهل الزكاة، لما يلحقه من الضرر بمشاركتهم له في الحائط ويجري قياس جواز أخذ العرية بخرصها على خرص الزكاة بأن نقول إن هذا معنى حد[18] الشرع بخمسة أوسق، فجاز أن تخرص ثمرتا على أن يعطي مكيلة خرصه تمراً عند الجداد، أصل ذلك الزكاة؛ وإنما سما

(١٧) مستثناة: ت ح ١ هـ، مستثنى: ق ٢.
(١٨) معنى حد الشرع: ق ٢، معنى حد في الشرع: ت ح ١.

رسول الله ﷺ بيعاً، لما فيه من معنى البيع ـ وإن لم يكن بيعاً على الحقيقة؛ وهو أن مبتاع العرية بخرصها يملكها ويجوز له التصرف فيها، كما لو اشتراها بالدنانير والدراهم؛ ولا يجوز ذلك له أيضاً إلا باجتماع منهما جميعاً واتفاق ورضى واختيار كالبيع، بخلاف خرص الزكاة التي النظر فيها إلى الأمام، ولا خيار فيه إلى رب الحائط، فلذلك لم يرد فيه الشرع بلفظ البيع.

فصـــل

فمالك رحمه الله يجيز بيع العرية بخرصها إلى الجداد للعلتين جميعاً، وابن الماجشون لا يراعي إلا الضرر ولا يرى العلة في جوازها سواه، والعلة التي هي أملك بجوازها نفي الضرر، ألا ترى أن شراء العرية في مذهب مالك وجميع أصحابه لا يجوز بخرصها إلا لمعريها، أو لمن صار إليه ثمر الحائط بشراء أو هبة أو غير ذلك من وجوه الملك.

فصـــل

ومن الحجة لمالك في ألا يجوز للمعرى بيع عريته ممن شاء بخرصها إلى الجداد مع ما تقدم من علة نفي الضرر ـ ما روي أن رسول الله ﷺ أرخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً، فقوله أهلها ـ يريد أهل الحائط المعرين للثمرة ـ والله أعلم؛ ودخل من صارت إليه الثمرة بوجه من وجوه الملك مدخلهم بالقياس، وفي بعض الآثار أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها من معريها بخرصها ثمراً عند الجداد، وهذا نص في موضع الخلاف.

فصـــل

وقد ذهب جماعة من أهل العلم، منهم أحمد بن حنبل إلى أنه يجوز لصاحب العرية بيع عريته بخرصها ممن شاء على ظاهر ما روى أنه ﷺ أرخص لصاحب العرية[١٩] أن يبيعها بخرصها مطلقاً من غير تقييد، وهو ظاهر قول

---

(١٩) عبارة (بيع عريته. . . لصاحب العرية)، انفردت بها نسخة ق ٢، وربما يقتضيها السياق، ولذا أثبتها في الصلب.

يحيى بن سعيد في المدونة؛ لأنه قال: العرية الرجل يعري الرجل النخلة والنخلتين يسميهما من ماله ليأكلها فيبيعها بثمر ـ لم يقل من المعري ولا من غيره، والقول ما قاله مالك رحمه الله. وذهب إليه؛ لأن المطلق يجب حمله على المقيد في هذه المسألة وفاقا بما دل عليه من الدليل.

فصل

وبيع العرايا لا يجوز بخرصها على مذهب مالك رحمه الله إلا على ستة شروط:

أحدها: أن تزهي الثمرة.

والثاني: أن تكون خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق. فإن زادت على ذلك لم يجز وقد قيل لا يجوز إلا في أقل من خمسة أوسق وهي رواية أبي الفرج عن مالك رحمه الله وهو الأظهر؛ لأن الأصل المنع لأنه مزابنة، فلا يستباح منه شيء إلا بيقين، لأن الشك لا يقدح في اليقين.

والثالث: أن يعطيه الخرص عند الجداد، فإن أعطاه ذلك نقداً لم يجز.

والرابع: أن يكون من صنفها[٢٠]، ونوعها، فإن كان من خلافها لم يجز.

والخامس: أن تكون العرية مما ييبس ويدخر.

والسادس: أن يبيعها من معريها أو ممن صار له ثمر الحائط، وعلى مذهب ابن القاسم في المدونة يحتاج في ذلك إلى شرط سابع ـ وهو أن يسميها عرية لا هبة مطلقة، لافتراق أحكام الهبة المطلقة عنده من العرية.

فصل

واتفق مالك[٢١] رحمه الله والشافعي وأبو حنيفة على جواز أخذ المعرى في[٢٢] عريته بخرصها ثمراً، إلا أنهم اختلفوا في تعليل ذلك؛ فأما مالك فقد

---

(٢٠) صنفها ونوعها: ح ١ ق ٢ هـ، صنفها وجنسها ونوعها: ت.

(٢١) واتفق مالك: ح ١ ق ٢ هـ، واتفق قول مالك: ت.

(٢٢) المعري في عريته: ت ق ٢، المعري عريته ـ بإسقاط (في): ح ١ هـ.

تقدم مذهبه؛ وأما الشافعي، فلم يقصد ذلك على العرية وأجاز بيع ما دون خمسة أوسق ممن الرطب في رؤوس النخل بالثمر يداً بيد، كان ذلك من عرية أو شراء أو لمن يريد أن يبيع ذلك المقدار من حائطه لعلة أو لغير علة، والرخصة عنده إنما وردت في المقدار المذكور فخرج ذلك المقدار من المزابنة، وما زاد عليه فهو منها؛ وإنما خصت عنده العرايا بالذكر في ذلك، لأن السؤال وقع عنها، أو لأنها إنما تقع في هذا المقدار في الأغلب من الحال؛ وقالوا أيضاً إن العرية ليست اسماً لما أعري ووهب[23] وأعطي وإنما هو اسم لما أفرد عن جملة ـ سواء كان للهبة أو للبيع أو للأكل، كأنه عري عن الأصل وأفرد عنه؛ والصحيح ما قدمنا ذكره عن أهل اللغة أنه اسم للعطية مخالف الشافعي وما جاء في بعض الآثار من أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها من معريها بخرصها تمراً عند الجداد في ثلاثة مواضع.

أحدها: أن رسول الله ﷺ شرط في جواز بيعها أن يكون[24] من معريها دون غيره ـ وهو يجيز بيعها من المعري وغيره.

والثاني: أنه ﷺ أرخص في بيعها بخرصها تمراً[25] عند الجداد، والشافعي يمنع ذلك[26] عند الجداد[27]، ويجيزه[28] نقداً ويقول إن تفرقا قبل القبض فسد.

والثالث: أن العرية اسم الفعل المعروف مستثنى من الأصول بدليل قوله ﷺ للخراص خففوا، فإن في المال العرية والوصية. فأجراهما مجرى واحداً وهو يقول إنه المقدار وإن لم[29] يكن عرية.

وأما أبو حنيفة فعلته في جواز أخذ المعري عريته بخرصها أنها[30] هبة مبتدأة على أصله أن للواهب الرجوع فيما وهب ما لم تحز عنه، فكأنه ارتجع عريته من

(٢٣) ووهب: ت هـ، فوهب: ق ٢ ـ وهي ساقطة في ح ١.
(٢٤) يكون: ت ح ١، تكون: ق ٢، غفل في هـ.
(٢٥) تمرا: ت ح ١ هـ، ثمراً: ق ٢.
(٢٦) يمنع ذلك: ت ح ١، يمنع من ذلك: هـ.
(٢٧) عبارة (والشافعي . . . عند الجداد)، ساقطة في ق ٢.
(٢٨) ويجيزه: ت ح ١ هـ، ويجيزها: ق ٢.
(٢٩) وإن لم يكن: ت ح ١ هـ، ولم تكن: ق ٢.
(٣٠) كلمة (أنها)، ساقطة في ق ٢.

المعرى ثم وهبه تمراً[٣١] عند الجداد؛ وإنما سمي بيعاً على المجاز والاتساع، وأما على الحقيقة فلا يجوز ذلك، لأنه بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض وهذا أبعد الأقاويل؛ لأنه رد لأحاديث الرخصة في بيع العرية بخرصها جملة، وإبطال لفائدتها ومعناها؛ إذ الهبة المبتدأة لا يصح أن يشترط في جوازها أن يكون أصلها عرية، ولا أن يكون خمسة أوسق فدون هذا مما لا يصح لأحد أن يقوله ولا يعتقده؛ لانعقاد الإجماع على جواز ابتداء هبة القليل والكثير من غير حد ولا تقدير؛ ويلزم على قياس قوله ألّا يجوز للمعرى بيع العرية بخرصها من المعري إذا قبض عريته ـ إما بقبض الأصول، وإما بقبضها مع الطلوع[٣٢]، إلا أن يكون من مذهبه أن القبض لا يكون إلا بالجد.

فصـــل

والعرية تجوز في الثمار كلها كان مما يدخر أو مما لا يدخر لعام واحد وأعوام كثيرة، لأنها هبة من الهبات؛ وأما أخذها[٣٣] بخرصها عند الجداد، فلا يجوز إلا فيما ييبس ويدخر من الثمر[٣٤] كالتمر[٣٥]، والعنب والتين، والجوز، واللوز، والزيتون، وما أشبه ذلك؛ هذا هو المشهور في المذهب الموجود لمالك في المدونة وكتاب ابن المواز والمبسوط، وقد روي عنه أيضاً في كتاب ابن المواز أن ذلك لا يجوز إلا في النخل والعنب خاصة، وهو قول الشافعي.

فصـــل

وقد اختلف في الحيازة التي تصح بها العرية للمعرى إن مات المعري فقال ابن حبيب لا تصح العرية للمعرى إن مات المعري إلا أن يكون قد قبض الأصول وطلع فيها الثمر قبل موته، واختلف الشيوخ في تأويل ما في المدونة في ذلك،

---

(٣١) تمرا: ت ح ١، ثمرا: ق ٢.

(٣٢) الطلوع: ح ١ ق ٢، الأصول: ت.

(٣٣) أخذها: ح ١ ق ٢ هـ، جدها: ت.

(٣٤) الثمر: ح ١ ق ٢ هـ، الثمار: ت.

(٣٥) كالتمر: ت ح ١ هـ، كالثمر: ق ٢.

وهل الهبة والصدقة بمنزلة العرية أم لا على ما أذكره إن شاء الله؛ أما أبو عمر بن القطان، فكان يقول قول ابن حبيب مفسراً لما في المدونة في العرية والهبة والصدقة، ولا فرق بين العرية والهبة والصدقة في أن المعري أو الواهب أو المتصدق، إذا مات فلا شيء للمعرى أو الموهوب له أو المتصدق عليه إلا أن يكون كل واحد منهم قد قبض الأصول قبل موته وطلعت فيها الثمرة، وكان يحتج لمساواته بين الهبة والعرية والصدقة برواية يحيى عن ابن القاسم في كتاب الهبات والصدقات من العتبية الواقعة في رسم الصلاة منه؛ ورأيت لأبي مروان بن مالك رحمه الله أنه كان يقول ما قال ابن حبيب خلاف لما في المدونة ـ يريد والله أعلم أن العرية تصح للمعرى بقبض الأصول في حياة المعري وإن لم تطلع فيها الثمرة على ظاهر ما وقع في كتاب الهبة والصدقة في الهبة والصدقة، فتستوي عنده الهبة والعرية في أنها تصح للمعرى والموهوب له بقبض الأصول وإن لم تطلع فيها الثمرة؛ وكان[٣٦] الفقيه أبو جعفر بن رزق رحمه الله يقول قول ابن حبيب مفسرٌ[٣٧] لما في المدونة في العرية، وخلاف لما فيها في الهبة والصدقة؛ ومذهبه في المدونة: الفرق بين العرية والهبة، هذا قوله وتأويله وهو أظهر التأويلات على ما في المدونة[٣٨]؛ وأشهب يقول إذا أبرت النخل قبل موت المعري صحت للمعرى، لأنه لا يمنع من الدخول إلى عريته؛ وأما إن قبض الأصول وحازها؛ فهي له وإن لم تؤبر. وأما إن مات المعرى فلا تجب لورثته العرية، وإن كان قد قبضها، إلا أن يكون مات بعد طيب الثمرة، هذه رواية محمد بن خالد عن ابن القاسم في العتبية حملها محمل الحبس لا محمل الهبة، وذلك صحيح على قياس القول بأن السقي والزكاة على المعرى، ويلزم على قول أشهب في الحبس أن الثمرة تجب لورثة المحبس عليه بالإبار: أن تجب أيضاً لورثـة المعرى بالإبار، وبالله التوفيق.

---

(٣٦) وكان: ح ١ ق ٢ هـ، فكان: ت.

(٣٧) مفسر: ت ح ١ هـ، مفسراً: ق ٢.

(٣٨) على ما في المدونة: ت ح ١ ق ٢، على ما جاء في المدونة: هـ.

كتاب الجوائح

فصل في بيان[1] معنى الجائحة من القرآن

قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ مَثَلُ مَا يُنْفِقُونَ فِي هَذِهِ ٱلْحَيَاةِ ٱلدُّنْيَا كَمَثَلِ رِيحٍ فِيهَا صِرٌّ أَصَابَتْ حَرْثَ قَوْمٍ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ فَأَهْلَكَتْهُ ـ وَمَا ظَلَمَهُمُ ٱللَّهُ وَلَكِنْ أَنْفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿ إِنَّمَا مَثَلُ ٱلْحَيَاةِ ٱلدُّنْيَا كَمَاءٍ أَنْزَلْنَاهُ مِنَ ٱلسَّمَاءِ فَاخْتَلَطَ بِهِ نَبَاتُ ٱلْأَرْضِ مِمَّا يَأْكُلُ ٱلنَّاسُ وَالْأَنْعَامُ حَتَّى إِذَا أَخَذَتِ ٱلْأَرْضُ زُخْرُفَهَا وَازَّيَّنَتْ وَظَنَّ أَهْلُهَا أَنَّهُمْ قَادِرُونَ عَلَيْهَا، أَتَاهَا أَمْرُنَا لَيْلاً أَوْ نَهَاراً فَجَعَلْنَاهَا حَصِيداً كَأَنْ لَمْ تَغْنَ بِالأَمْسِ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الآيَاتِ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[3]، وقال تعالى: ﴿ وَلَوْلَا إِذْ دَخَلْتَ جَنَّتَكَ قُلْتَ مَا شَاءَ ٱللَّهُ لَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ إِنْ تَرَنِ أَنَا أَقَلَّ مِنْكَ مَالاً وَوَلَداً فَعَسَى رَبِّي أَنْ يُؤْتِيَنِ خَيْراً مِنْ جَنَّتِكَ وَيُرْسِلَ عَلَيْهَا حُسْبَاناً مِنَ ٱلسَّمَاءِ فَتُصْبِحَ صَعِيداً زَلَقاً أَوْ يُصْبِحَ مَاؤُهَا غَوْراً فَلَنْ تَسْتَطِيعَ لَهُ طَلَباً، وَأُحِيطَ بِثَمَرِهِ فَأَصْبَحَ يُقَلِّبُ كَفَّيْهِ عَلَى مَا أَنْفَقَ فِيهَا وَهِيَ خَاوِيَةٌ عَلَى عُرُوشِهَا ﴾[4]. وقال تعالى: ﴿ إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ

---

(١) كلمة (بيان)، ساقطة في ت هـ.

(٢) الآية: ١١٧ ـ سورة آل عمران.

(٣) الآية: ٢٤ ـ سورة يونس.

(٤) الآيات الأربع من سورة الكهف.

كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ ٱلْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّها مُصْبِحِين وَلاَ يَسْتَثْنُونَ، فَطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِنْ رَبِّكَ وَهُمْ نَائِمُونَ فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ ﴾[٥]، يقول تبارك وتعالى: إنا اختبرنا وامتحنا مشركي قريش، كما امتحنا أصحاب الجنة وأصحاب الجنة هؤلاء على ما ذكر بعض[٦] أهل التفسير قوم كانت لهم جنة وهي البستان ويقال إنها أرض باليمن يقال لها ضُورَان فكان فيها رجل من بني إسرائيل كانت له هذه[٧] الجنة فكان يؤدي حق الله فيها إلى المساكين؛ وجاء في التفسير أنه كان يأخذ منها قوت سنة ويتصدق بالباقي[٨]، وجاء أيضاً أنه كان يترك ما أخطأ المنجل، وما كان في أسفل الأكداس، وما أخطأه القطاف من العنب، وما خرج عن البساط الذي يبسط تحت النخلة إذا صرمت، فكان يجتمع من ذلك شيء كثير؛ فلما مات ورثه بنوه فقالوا والله إن كان أبونا لأحمق حين كان يطعم المساكين ـ ونحن جماعة؛ فإن[٩] فعلنا بالمساكين ما كان يفعل أبونا ضعنا، فحلفوا ليصرمنها بسدفة من الليل، قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ **وَلاَ يَسْتَثْنُونَ** ﴾، أي لم يقولوا: إن شاء الله فلما كان في أول الوقت الذي اتعدوا فيه في أول الصبح بسدفة، غدوا إلى جنتهم ليصرموها؛ وغدوا على حرد قادرين أي على جد[١٠] من أمرهم؛ وقيل على قصد أي قادرين في أنفسهم على قصد جنتهم، لا يحول بينهم وبينها آفة؛ وقيل على منع قادرين، من قولهم حاردت السنة إذا منعت خيرها، وحاردت الناقة إذا ارتفع لبنها. وقيل على غضب؛ فلما رأوها أي رأوا جنتهم أنكروها من سوادها: فقال بعضهم لبعض: إنا لضالون أي طريق الجنة وما هذه جنتنا؟ فلما تبينوا، قالوا بل نحن محرومون أي حرمنا ما كنا نأمل فيها من القوت والسعة على أهالينا وأيتامنا؛ قال أوسطهم أي أعدلهم ألم أقل لكم لولا تسبحون أي تستثنون في قسمكم؛ وقال بعضهم أي تصلون؛ فقال وظنوا أنهم أوتوا من قبل ترك الصلاة؛ ﴿ **قَالُوا سُبْحَانَ رَبِّنَا إِنَّا كُنَّا**

---

(٥) الآيات الأربع من سورة القلم.

(٦) كلمة (بعض)، ساقطة في ق.

(٧) كلمة (هذه)، ساقطة في ق ٢.

(٨) انظر تفسير القرطبي، ١٨/٢٣٩، ٢٤٠.

(٩) فإن: ق ٢ هـ، وإن: ت ح ١.

(١٠) جد: ح ١ ق ٢، جمع: ت ـ وهو تحريف.

ظَالِمِينَ ﴾، أي ننزه ربنا عزَّ وجلَّ عن بخلنا ولومنا؛ ﴿ فَطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِنْ رَبِّكَ وَهُمْ نَائِمُونَ ﴾، أي أتاها ليلاً، والطائف لا يكون إلا بالليل، فإذا كان بالنهار قالوا طفت به نهاراً: ﴿ فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ ﴾، أي كالليل الأسود. والصريم أيضاً النهار ـ وهو من الأضداد، وقيل كالصريم أي كالمقطوع من أصله، وقيل كالصريم أي كالمصروم الذي قد أخذ حمله، أي ليس فيها ثمر. وقيل فأصبحت كأرض تدعى الصريم ـ وهي أرض باليمن معروفة على ستة أميال من صنعاء.

فصـــل

فالجوائح من الله تعالى ابتلاء منه يبتلي به عباده بما كسبت أيديهم ويعفو عن كثير قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَمَا أَصَابَكُمْ مِنْ مُصِيبَةٍ فَبِمَا كَسَبَت أَيْدِيكُمْ وَيَعْفُو عَنْ كَثِيرٍ ﴾[11].

فصـــل

فمن أصيب بجائحة فصبر واحتسب ورضي بقدر الله وسلم لأمره، كان من المهتدين المبشرين من الله بالصلاة والرحمة ـ حيث يقول تعالى: ﴿ وَبَشِّرِ ٱلصَّابِرِين ٱلذِينَ إذَا أَصَابَتْهُمْ مُصِيبَةٌ، قَالُوا إنَّا لِلَّه وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُون، أُوْلَئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَاتٌ مِنْ رَبِّهِمْ وَرَحْمةٌ وَأُوْلَئِكَ هُمُ ٱلْمُهْتَدُون ﴾[12].

فصـــل

فإذا نزلت بالرجل جائحة في شيء مما اشتراه من الثمار أو ما تخرجه الأَرْض من غير الثمار، فإن أهل العلم اختلفوا في وضع الجائحة عنه[13] اختلافاً كثيراً إذا كان قد اشترى ذلك دون الأصل، أو اشتراه مع الأصل بعد حلول بيعه؛ وأما إن اشتراه مع الأصل قبل حلول بيعه، فلا جائحة فيه بإجماع.

---

(١١) الآية: ٣٠ ـ سورة الشورى.

(١٢) الآية: ١٥٦ ـ سورة البقرة.

(١٣) عنه: ح ١ ق ٢ هـ، فيه: ت.

فصـــل

وهذا الاختلاف مبني على خمس مسائل هي أصله وعليها مداره:

إحداها: معرفة وجوب وضع الجائحة.

والثانية: معرفة الحال التي توضع فيها.

والثالثة: معرفة مقدار ما يوضع منها مما لا يوضع.

والرابعة: معرفة ما يوضع فيه مما لا يوضع.

والخامسة: معرفة ما هو جائحة يجب وضعها مما ليس بجائحة يجب فيه الوضع.

فصـــل

فأما وجوب وضع الجائحة في الجملة فالأصل فيه ما روي أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح(١٤)، وما روي أنه قال من باع ثمرة فأصابتها جائحة فلا يأخذ من مال المشتري شيئاً على ما يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق(١٥)، وما روي أنه نهى عن بيع الثمار حتى تزهي وقال: أرأيت إذا منع الله الثمرة، ففيم يأخذ أحدكم مال أخيه(١٦).

فصـــل

فأخذ مالك رحمه الله وجميع أصحابه بهذه الآثار وتقلدوا الحكم بوضع الجائحة، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة، والشافعي في أحد قوليه وأصحابهما. فقالوا إذا قبض المشتري لم يوضع عنه للحائحة شيء أصلاً، وعللوا هذه الآثار بعلل يطول جلبها، واحتجوا لمذهبهم بظواهر آثار لا حجة لهم فيها، من ذلك ما روى أبو سعيد الخدري أن رجلاً ابتاع ثماراً على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ فأصيب فيها، فكثر دينه فأمر النبي عليه السلام بالصدقة عليه، فتصدق عليه فلم يكن فيما

---

(١٤) أخرجه بهذا اللفظ مسلم في صحيحه، انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٨٨/٥.

(١٥) رواه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه ـ المرجع السابق.

(١٦) حديث متفق عليه ـ نفس المصدر ١٨٣/٥.

تصدق به عليه وفاء دينه؛ فقال ﷺ خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك[17]. قالوا ولو كان له حق أن يرجع على البائع، لقال ذلك له؛ وهذا لا حجة لهم فيه كما قلنا لأنه حكاية عن فعل وقضية في عين؛ فيحتمل أن يكون أصيبت بعدما استجدت أو أصيب منها ما دون الثلث أو سرقة أو غير ذلك[18] مما لا يوجب له الرجوع على البائع، أو يكون البائع لم يوجد أو لم يكن له ماله، وإذا احتمل الحديث هذه الاحتمالات، بطل الاحتجاج به؛ واحتجوا أيضاً بما روي أن رجلاً ابتاع ثمر حائط فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع عنه أو يقيله، فحلف ألا يفعل؛ فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال رسول الله ﷺ: «تألى ألا يفعل خيراً»، فسمع ذلك رب الحائط فأتى رسول الله - ﷺ فقال: «يا رسول الله هو له»[19]. . . ولم ينقل أنه أجبره على ذلك، بل ظاهر قوله: «تَأَلَّى أَنْ لَا يَفْعَل خَيْراً»، أنه على وجه الطوع وهذا لا حجة لهم فيه أيضاً، لأنه لم يذكر في الخبر أن جائحة أصابته، فلعله إنما كان خسراناً في الثمن، وحوالة في الأسواق: وهو الظاهر من قوله: فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان؛ وهذا لا يوجب على البائع شيئاً؛ واحتجوا لذلك أيضاً بالقياس على العروض والحيوان. وهذا لا يلزم، لأن العروض والحيوان لم يبق على البائع فيها بعد القبض حق توفية، وليس كذلك الثمار؛ لأنه قد بقي عليه فيها حق توفية، بدليل أن الجائحة لو أصابتها من قبل العطش لكانت من البائع - وفاقاً، فليست التخلية بمجردها قبضاً تاماً؛ ولو كانت مقبوضة للمشتري بمجرد التخلية، لكان ضمانها منه كالعبد والثوب.

فصـــل

وأما معرفة حال وضعها، فإنه يجب وضع الجائحة في الثمرة إذا أجيحت في حال يفتقر فيه إلى بقائها في الأصول، وذلك أن الجائحة في الثمرة إنما وجب

---

(١٧) أخرجه مسلم وأصحاب السنن، انظر نيل الأوطار ١٨٨/٥.

(١٨) أو سرقة أو غير ذلك: ح ق هـ، أو بسرقة أو بغير ذلك: ت.

(١٩) أخرجه مالك في الموطأ، انظر ص ٤٢٧ - حديث (١٣٠٥)، طبع دار النفائس.

وضعها عن المبتاع من أجل ما بقي له على البائع من حق التوفية، إذ لم يقبضها بقبض الأصول قبضاً تاماً ناجزاً لبقاء السقي على البائع فيما يحتاج منها إلى السقي، والإجماع على الرجوع عليه بما يكون من جائحة بسببه، ولافتقار الثمرة إلى بقائها في الأصول، تفصيل في بعض وجوهها اختلاف سيأتي بيانه في التكلم على المسألة الرابعة ـ إن شاء الله[٢٠].

فصل

وأما معرفة قدر ما يوضع منها مما لا يوضع، فإنما يجب وضعها في مذهب مالك وأصحابه إذا بلغت الثلث فأكثر، ولا توضع فيما دون ذلك، والفرق بين الموضعين من وجهين:

أحدهما الظاهر.

والثاني المعنى.

فأما الظاهر، فهو ما روي أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح، والجائحة لا تنطلق إلا على ما أتلف جميع المال أو جله؛ وأما من ذهب اليسير من ماله فلا، ويبين ذلك أن من يملك[٢١] ألف دينار إذا ذهب من ماله الدينار والعشرة والعشرون، لا يقال إن ماله اجتيح؛ وكذلك من سرق له من جملة متاعه الكثير ـ شيء يسير، لا يقال إن اللصوص اجتاحوا ماله؛ وإذا صح ذلك، ثبت الفرق في هذا بين القليل والكثير، وثبوت ذلك يقتضي فصلاً بينهما ولا فصل إلا ما قلناه؛ لأن الثلث آخر من اليسير، وأول حد الكثير، يقوم ذلك بالاعتبار من نص[٢٢] التنزيل قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿يَا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ قُمِ اللَّيْلَ إلا قَلِيلاً نِصْفَهُ أَوِ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلاً ـ يريد من النصف ﴿ أَوْ زِدْ عَلَيْهِ ﴾[٢٣]، يريد أيضاً على النصف ثم قال تعالى: ﴿ إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَى مِنْ ثُلُثَي اللَّيلِ وَنِصْفِهِ وَثُلُثِهِ ﴾[٢٤]،

---

(٢٠) جملة (الرابعة ـ إن شاء الله)، ساقطة في ق ٢.

(٢١) يملك: ح ١ ق ٢ هـ، تملك: ت.

(٢٢) نص: ت ح ١ هـ، أصل: ق ٢.

(٢٣) الآية: ١ سورة المزمل.

(٢٤) الآية: ٢٠ ـ من نفس السورة.

فأخبر عزَّ وجلَّ عنه في هذه الآية بامتثال ما أمره به في أول السورة من القيام، فقوله تعالى: ﴿ أَدْنَى مِنْ ثُلُثَيِ ٱللَّيْلِ ﴾، هو قوله في أول السورة ﴿ أَوْ زِدْ عَلَيْهِ ﴾، يريد على النصف وقوله وَنِصْفِهِ هو قوله في أول السورة: نِصْفَهُ وقوله: وَثُلُثِهِ، هو قوله في أول السورة أو انقص منه قليلاً ـ يريد من النصف فدل ذلك على أن الثلث من النصف قليل، وذلك على قراءة من قرأ ونصفه وثلثه بالفتح فيهما جميعاً ـ وهي أبين في المعنى من قراءة من قرأهما بالخفض.

فصــل

وعند مالك رحمه الله أن كل ما يجب فيه(٢٥) اعتبار القليل من الكثير فإن الثلث عنده في حيز اليسير، إلا في ثلاثة مواضع، أحدها الجائحة، فإن الثلث فيها عنده في حيز(٢٦) الكثير يجب وضعه ومعاقلة المرأة الرجل، فإنها تعاقله فيما دون الثلث؛ فإذا بلغت الثلث، رجعت إلى عقل نفسها، وما تحمل العاقلة من الدية فإنها تحمل الثلث فما فوقه ولا تحمل ما دونه؛ وما عدا هذه المواضع الثلاثة؛ فإنه يحكم فيها للثلث بحكم اليسير؛ والفرق عنده بين هذه المواضع الثلاثة وغيرها: أن هذه الثلاثة المواضع ليس فيها موضع قصد يراعى وما عداها يراعى فيها القصد، فلا يظن بأحد أنه يدخل في المحظور الكثير من أجل القليل.

فصــل

وأما المعنى، فلان المشتري دخل لا محالة على ذهاب اليسير من الثمرة، وأنها لا تسلم كلها، هذا معلوم بالعادة لا يكلم من يدفعه، لأن من يقول إن المشتري دخل على أن تسلم الثمرة من ذهاب رطبه وبسره ورطل أو رطلين(٢٧)، أو اجتياز المعتفين أو أكل الطير اليسير، فقد خرج عن العادة؛ وإذا ثبتت ذلك اقتضى أنه لا يرجع في اليسير، وأنه يرجع بالكثير؛ لأنه لم يدخل عليه، وإنما دخل على سلامة الجل، فبان بذلك مذهب مالك رحمه الله.

---

(٢٥) فيه: ح ١ ق ٢ هـ، فيها: ت.

(٢٦) عبارة (اليسير. . . عنده في حيز)، ساقطة في ق ٢.

(٢٧) أو رطلين: ت ح ٢ هـ، ورطلين: ق ٢.

فصـــل

وهذا في الثمار، وأما البقول فاختلفت الرواية عن مالك رحمه الله فيها: فمرة قال يوضع فيها القليل والكثير، ومرة قال: حكمها حكم الثمار لا توضع الجائحة فيها إلا في الثلث فما زاد؛ فوجه قوله إنه توضع الجائحة فيها في القليل والكثير. أن النبي عليه السلام أمر بوضع الجوائح عموماً، فتناول ذلك الثمار والبقول، فخرجت الثمار من ذلك بما دل عليه من الدلائل، وبقيت البقول على الأصل في العموم، ولأن العادة في الثمار ذهاب بعضها للحاجة(٢٨) إلى تبقيتها على رؤوس النخل، فالمشتري على ذلك(٢٩) دخل، وليس كذلك البقول؛ لأنه لا عادة في تلفهـا ولا في تلف شيء منها، بل العادة سلامة جميعها؛ وإذا كان ذلك كذلك، وجب أن يوضع قليلها وكثيرها، ووجه قوله إنه إنما يوضع منها الثلث فصاعداً، الاعتبار فيها بسائر الثمار بعلة أنه وضع جائحة في نبات، وقد قيل عن مالك إنه لا توضع فيها جائحة أصلاً، وقيل إنه ما جاز فيه المساقـاة مع العجز كالفجل والاسفنارية واللفت فلا توضع فيه الجائحة إلا أن يبلغ الثلث، وما لا تجوز فيه المساقـاة من البقول وضعت الجائحة في قليله وكثيره؛ وهذه رواية سحنون عن ابن القاسم في العتبية، ومثله في كتاب ابن المواز؛ وهو خلاف لما في المدونة.

فصـــل

وأما معرفة ما توضع فيه الجوائح مما لا توضع(٣٠) فالأصل في ذلك أن كل ما لم يمكن المشتري أن يبين به(٣١) إلا بفساد، كالثمرة التي يبتاعها عند بدء صلاحها، فلا يقدر على قطعها قبل أن يصل طيبها ويتناهى إلا بفساد لها، فإن الجائحة فيها ما لم يكمل طيبها ويتناهى باتفاق عند من أوجب الجائحة؛ لأن له حقاً على البائع في إبقاء الثمرة في أصولها لصلاحها وكمال طيبها، فقد بقي له فيها عليه حق توفية، ألا

---

(٢٨) للحاجة: ح ١ ق ٢، للجائحة: ت هـ.

(٢٩) ذلك دخل: ح ١ ق ٢ هـ، ذلك قد دخل: ت.

(٣٠) توضع فالأصل: ح ١ ق ٢ هـ، توضع فيه فالأصل: ت.

(٣١) به: ت ح ١ هـ، فيه: ق ٢.

ترى أن السقي عليه إن كانت مما تسقى ولو أراد البائع أن يجبره على الجداد قبل انتهاء طيبها أو يبسها إن كانت مما لا يجد حتى ييبس، لم يكن ذلك له؛ وما كان مما يمكن المبتاع أن يأخذه ويبين به بغير فساد له، إلا أن على المشتري في تعجيل أخذ ذلك والبينونة به ضرراً، إذ لم يشتر إلا على أن يجده ويأخذه على وجه ما يعرف من التراخي في ذلك، كالثمرة التي تقطع خضراء إذا اشتراها بعد انتهاء طيبها، أو اشتراها قبل انتهاء طيبها فاجتيحت بعد انتهاء طيبها وإمكان جدادها، بمضي مدة يمكنه ذلك فيها قبل بلوغ الحد الذي يعرف من التراخي في جدها، فيجري الأمر في هذا ـ عندي على اختلاف قول مالك في جائحة البقول مرة، قال فيها الجائحة، ومرة قال لا جائحة فيها؛ لأن الغلة في وجوب الجائحة فيها هي أنها تلفت قبل بلوغ الحد الذي اشتراها عليه من التراخي في قطعها وفي سقوطها، هي أنه قد قبضها بتخلي البائع له عنها، فلو شاء أن يقطعها قطعاً، ولم يكن في قطعه إياها فساد لها؛ فإنما قد تركها على ملك نفسه لمنفعة يرجوها، وهاتان العلتان موجودتان في الثمرة بعد انتهاء طيبها؛ وعلى هذا يأتي الاختلاف في جائحة القصب[٣٢]، ويدخل في الفول الأخضر؛ وأما إن اجتيحت الثمرة أو البقل بعد بلوغ الحد الذي يعلم من التراخي في جدها، فلا خلاف أنه لا جائحة في ذلك؛ لأن البائع لم يدخل معه على ذلك ولو احتيجت الثمرة بعد انتهاء طيبها قبل أن يمضي من المدة ما يمكنه فيه جدها[٣٣]، أو أجيح البقل بعد انعقاد البيع وتخلي البائع له عنه قبل أن يمضي من المدة ما يمكنه فيها جده، لدخل الاختلاف في ذلك أيضاً ـ عندي، وجرى على الاختلاف في ضمان المكيال إذا تلف[٣٤] بعد أن يمتلىء في يد المشتري قبل أن يفرغه في وعائه، فيأتي في المسألة على هذا التعليل ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الثمرة تدخل في ضمان المشتري ويسقط عن البائع فيها حكم الجائحة بتناهي طيبها ـ وإن لم يمض من المدة بعد تناهي طيبها ما يمكنه فيه قطعها.

---

(٣٢) القصب: ح ١ ق ٢ هـ، البقل: ت.

(٢٣) فيه جدها: ح ١ ق ٢ هـ، فيها جده: ت.

(٣٤) تلف: ت ح ١ ق ٢، ذهب: هـ.

والثاني: أنها لا تدخل في ضمانه ويرتفع عن البائع حكم الجائحة إلا بعد تناهي طيبها، وإن لم يمض من المدة بعد تناهي ما لو شاء المبتاع أن يجدها فيه جدها.

والثالث: أنها لا تدخل في ضمانه ويرتفع عن البائع حكم الجائحة حتى يمضي من المدة بعد انتهاء طيبها ما جرى عليه العرف من التراخي في ذلك واشترى عليه المشتري ودخل عليه البائع، لأن العرف البين عندهم كالشرط، وهذه مسألة جيدة مستقصاة محصلة غاية التحصيل لم أرها مجموعة ولا محصلة ملخصة لمتقدم، ولا سمعتها من[٣٥] متأخر ـ والله الموفق للصواب الهادي بعزته.

فصــل

وأما معرفة ما هو جائحة مما ليس بجائحة، فتحصيله أن الجوائح تنقسم على قسمين:

أحدهما: ما لم يكن أمراً غالباً وأمكن دفعه[٣٦] والاحتراس منه.

والثاني: ما كان أمراً غالباً ولم يمكن دفعه[٣٦] والاحتراس منه.

فأما ما لم يكن أمراً غالباً وأمكن الاحتراس منه وقدر على دفعه فليس بجائحة أصلاً.

وأما ما كان أمراً غالباً ولم يمكن دفعه ولا قدر على الاحتراس منه، فإن ذلك ينقسم على قسمين:

أحدهما: أن يكون ذلك من فعل الله تعالى ولا[٣٧] اكتساب لمخلوق فيه.

والثاني: أن يكون من اكتساب المخلوقين المكلفين.

فأما ما كان من فعل الله تعالى ولا[٣٧] اكتساب لمخلوق مكلف فيه، فلا اختلاف أنه جائحة يجب القضاء بها، كالريح تسقط الثمرة أو تفسدها. قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَفِي عَادٍ إِذْ أَرْسَلْنَا عَلَيْهِمِ ٱلرِّيحَ ٱلْعَقِيمَ مَا تَذَرُ مِنْ شَيْءٍ أَتَتْ عَلَيْهِ إِلَّا

(٣٥) من: ح ١ ق ٢ هـ، عن: ت.

(٣٦ ـ ٣٦) دفعه: ت ح ١ هـ، رفعه: ق ٢.

(٣٧ ـ ٣٧) ولا: ت ح ١ هـ، لا: ق ٢.

جَعَلَتْهُ كَالرَّمِيمِ ﴾[٣٨]، وقال تعالى: ﴿ كَمَثَلِ رِيحٍ فِيهَا صِرٌّ أَصَابَتْ حَرْثَ قَوْمٍ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ فَأَهْلَكَتْهُ وَمَا ظَلَمَهُمُ ٱللَّهُ وَلَكِنَ ٱنْفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ ﴾[٣٩]، أو المطر قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ أَوْ يُرْسِلَ عَلَيْهَا حُسْبَاناً مِنَ ٱلسَّمَاءِ فَتُصْبِحَ صَعِيداً زَلَقاً ﴾[٤٠]، أو البرد: قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَيُنَزِّلُ مِنَ السَّمَاءِ مِنْ جِبَالٍ فِيهَا مِنْ بَرَدٍ فَيُصِيبُ بِهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَصْرِفُهُ عَمَّنْ يَشَاءُ ﴾[٤١]، وكذلك ما أشبهه من الجراد والجليد والطير الغالب. وأما انقطاع الماء، فإنه جائحة في القليل والكثير بإجماع واتفاق، قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ أَوْ يُصْبِحَ مَاؤُهَا غَوْراً فَلَنْ تَسْتَطِيعَ لَهُ طَلَباً ﴾[٤٢].

فصـــل

وأما ما كان من اكتساب المخلوقين المكلفين ولا يمكن الاحتراس منه كالجيش والسارق، فاختلف فيه هل هو جائحة أم لا فذهب ابن القاسم إلى أن ذلك جائحة، لأنه عنده مما لا يمكن الاحتراس منه، ولا يُقدر على دفعه، وذهب ابن الماجشون ومطرف إلى أن ذلك ليس بجائحة، لأن ذلك مما يمكن عنده دفعه؛ لأن السلطان يكف الجيش ويمنعه؛ وكذلك السارق يتحصن منه؛ وقال ابن نافع الجيش جائحة وليس السارق بجائحة[٤٣]، فكأنه رأى أن الجيش مما لا يمكن دفعه، وأن السارق يقدر على[٤٤] التحفظ منه والتحصن عنه. ومن أهل العلم من يرى أن الجائحة توضع في القليل والكثير ـ وهو قول أحمد ابن حنبل وطائفة من أهل الحديث، وأحد قولي الشافعي؛ ففي المسألة ثلاثة أقوال القولان: طرفان في الاغراق، ومذهب مالك رحمه الله وأصحابه عدل بينهما؛ وكذلك تجد مذهبه أبداً أعدل المذاهب وأوسطها، فإنه كان موفقاً مؤيداً، فهذه جملة تُبنى عليها مسائل الكتاب ـ إن شاء الله، وبه التوفيق.

---

(٣٨) الآية: ٤١ ـ ٤٢ سورة الذاريات.
(٣٩) مرت الإشارة إليها آنفاً رقم (٢).
(٤٠) الآية: ٤٠ سورة الكهف.
(٤١) الآية: ٤٣ سورة النور.
(٤٢) الآية: ٤١ سورة الكهف.
(٤٣) بجائحة: هـ، جائحة: ت ح ١ ق ٢.
(٤٤) يقدر على التحفظ: ح ١ ق ٢، يمكن التحفظ: ت هـ.



كتاب المساقاة

المساقاة عمل الحائط على جزء من ثمرته، وهي مأخوذة من السقي لأن السقي جل عمل الحوائط، وهو يصلح ثمرتها وينميها؛ قال الله عزَّ وجلَّ: **﴿ وفي الأرض قطعٌ متجاوراتٌ وجنات من أعناب وزرع ونخيل صنوانٍ وغيرِ صنوان تسقى بماء واحد ونُفضِّل بعضَها على بعض في الأكل إن في ذلك لآيات لقوم يعقلون ﴾**[1].

فصـــل

ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها؛ وعن بيع ما لم يخلق، وعن بيع الغرر، وعن الاستئجار بأجر مجهول فقال «**من استأجر أجيراً فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم**»[2]، والمساقاة من بيع الغرر، ومن الاستئجار بأجر مجهول، ومن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه؛ إلا أن رسول الله ﷺ ساقى يهود خيبر يوم افتتحها في النخل على أن لهم نصف الثمرة بعملهم، والنصف يؤدونه إلى رسول الله ﷺ وأصحابه، فقال لهم: «**أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُم اَللَّهُ عَلَى أَنَّ الثَّمَرَةَ بَيْنَنـا وَبَيْنَكُـمْ**»، فَكَانَ يَبْعَثُ عَبْدَ اَللَّهِ بْـنُ رَوَاحَةَ فَيُخَرِّصُ بَيْنَهُ وَبينَهُمْ، ثُم يقول لهم: إنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإن شِئْتُمْ فَلِي، فكانوا يَأْخُذُونَهُ[3]. فكان هذا[4] من

---

(١) الآية: ٤ ـ سورة الرعد.

(٢) جملة (إلى أجل معلوم)، ساقطة في ق ٢.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ص ٤٩٤ ـ حديث (١٣٨٧).

(٤) كلمة (هذا)، ساقطة في ق ٢.

فعله ـ ﷺ ـ مخصصاً لما نهى عنه من بيع الغرر ومن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ومن الاستئجار بأجر مجهول، لأن ذلك عموم ومساقاته ليهود خيبر في النخل خصوص، والخاص يحمل على التفسير العام، والتخصيص له والبيان للمراد به.

فصـــل

فالمساقاة جائزة عند مالك ـ رحمه الله وجميع أصحابه، وعند الشافعي؛ وخالف في جوازها أبو حنيفة؛ والدليل على صحة قول من قال بجوازها؛ أن رسول الله ساقى يهود خيبر على أن لهم نصف الثمرة بعملهم، وكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرصها عليهم، ثم أقرهم أبو بكر على ذلك ثم عمر بن الخطاب إلى أن بعث ابنه عبد الله ليخرص عليهم، فسحروه فتكوعت يده؛ ثم إنه أجلاهم عنها(٥) إلى الشام. ثم عمل عثمان بعده على المساقاة والخلفاء بعده؛ وفي إقرار أبي بكر وعمر رضي الله عنهما يهود خيبر على مساقاتهم التي ساقاهم عليها النبي عليه السلام وعمل الخلفاء بعدهما بها، بيان واضح على أن المساقاة حكم من رسول الله ﷺ، محكم غير مفسوخ؛ هذا من طريق الأثر، ومن طريق النظر أيضاً: أن الأصول مال لا ينمو(٦) بنفسه ولا تجوز إجارته وإنما ينمى(٧) بالعمل عليه، فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه كالقراض، بل المساقـاة أولى بالجواز من القراض؛ لأن الغرر والخطار في القراض أكثر، لأنه قد يكون في المال ربح، وقد لا يكون فيه ربح، وجواز أحد الأمرين كجواز الآخر، ليس أحدهما أغلب من صاحبه؛ والنخل قد أجرى الله العادة بأن تحمل كل سنة، فلا بد أن يكون للنخل ثمرة في الغالب من الأحوال؛ وهذا بين وإنما قلنا في قياسنا هذا ولا تجوز إجارته تحرزاً من أن يلزمنا عليه كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها.

---

(٥) عنها: ح ١ ق ٢ هـ، منها: ت.

(٦) ينمو: ت، ينمى: ح ١ ق ٢ هـ.

(٧) ينمى: ح ١ ق ٢ هـ، ينمو: ت.

فصــل

وذهب من خالفنا في جواز المساقـاة إلى أن فعل رسول الله ﷺ مع يهود خيبر منسوخ بنهيه ﷺ عن المخابرة، وقالوا هو مشتق من خيبر ـ ومعناه النهي عن العمل الذي فعل بخيبر، وذلك ليس بصحيح؛ لأن عقود المعاوضات لا يشتق لها الأسماء من أماكنها بخلاف قولهم أتهم وأنجد لأنا قد عرفنا من لغة العرب اسم الفاعل من نزوله بالمكان، وعقود المعارضات بخلاف ذلك؛ ولأن العرب كانت تعرف المخابرة قبل الإسلام، وهو عندهم اسم لكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، ولأن الصحابة قد عملوا بالمساقاة بعده، فبطل ما ادعوه بكل وجه.

فصــل

وعللوا أيضاً حديث المساقاة بأن قالوا إن أهل خيبر كانوا عبيداً للنبي عليه السلام ـ والمسلمين، لأن الله تعالى أفاء عليهم خيبر وأهلها، فلذلك جازت المساقاة بينه وبينهم على جزء من الثمرة، وصح أن تخرص الثمرة عليهم فيخيرهم الخارص بين أن يلتزموا نصيب المسلمين بما خرصه به، أو يلتزم هو نصيبهم على ما ورد في الحديث، وهذا ما لا يصح؛ ولنا عنه أجوبة، منها أن عبد الله بن رواحة كان يخرص عليهم، فقالوا له أكثرت علينا يا ابن رواحة، فقال إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم؛ وعلى قولهم: إن السيد لا يصح ضمانه من عبده، لأن العبد لا يملك عندهم، فماله لسيده[8]، وبيع الثمر في رؤوس النخل بخرصها إلى الجداد، من المزابنة التي لا تجوز إلا فيما خصصته السنة من بيع العرايا في خمسة أوسق، أو فيما دون خمسة أوسق. وقوله في هذا الحديث إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم، هو والله أعلم مما نسخ بنسخ الربا، لأنه متأخر ـ وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان من آخر ما أنزل الله على رسوله ﷺ آية الربا، فتوفي رسول الله ﷺ ولم يفسرها، فدعوا الربا والريبة. وقد قيل إن ابن رواحة إنما كان يخرص ليعرف قدر الزكاة التي كانت تلزم المسلمين، كما يخرص

(٨) لسيده: ت ح ١ هـ، للسيد: ق ٢.

على المسلم حائطه لإحصاء الزكاة فيه، وهو مذهب مالك وجماعة من أهل العلم سواه، والآثار لا تدل على ذلك، بل تدل على خلافه وعلى أن الخرص إنما كان[٩] فيما بينهم وبين المسلمين، ليضمنوا نصيب المسلمين بما خرص عليهم. روي[١٠] عن جابر بن عبد الله قال أفاء الله خيبر على رسول الله ﷺ، فأقرهم رسول الله ﷺ كما كانوا، وجعلها بينه وبينهم، فبعث عبد الله بن رواحة فخرصها عليهم[١٢] ثم قال: يا معشر اليهود، أنتم أبغض خلق الله[١٣] إليّ قتلتم أنبياء الله وكذبتم على الله؛ وليس يحملني بغضي إياكم أن أحيف[١٤] عليكم، وقد خرصت عشرين ألف وسق من تمر[١٥] فإن شئتم فلكم وإن شئتم فلي - يريد والله أعلم - بعد إخراج الزكاة من الجميع، لأن المساقاة إنما تزكى على ملك صاحب الحائط، لا على ملك العامل ولا على ملكهما؛ وروي عن عبد الله بن عمر قال فخرصها عليهم عبد الله بن رواحة، فصاحوا إلى رسول الله ﷺ من خرصه، فقال لهم عبد الله بن رواحة أنتم بالخيار، إن شئتم فهي لكم، وإن شئتم فهي لنا بخرصها، ونؤدي إليكم نصفها؛ فقالوا بهذا قامت السماوات والأرض؛ وذكر مالك رحمه الله في موطئه عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله ﷺ - كان يبعث عبد الله بن رواحة إلى خيبر، فيخرص بينه وبين يهود خيبر[١٦]، قال: فجمعوا له حلي نسائهم، فقالوا هذا لك وخفف عنا وتجاوز في القسم، فقال عبد الله بن رواحة يا معشر يهود والله إنكم لمن أبغض خلق الله إليّ، وما ذلك بحاملي على أن أخفف عليكم؛ فأما ما عرضتم من الرشوة، فإنها سحت وإنا لا نأكلها فقالوا بهذا قامت السماوات والأرض[١٧]. فقوله في هذا الحديث خفف عنا وتجاوز في

(٩) كان: ح ١ ق ٢ هـ، يكون: ت.
(١٠) روي: ت ح ١ هـ، وروي: ق ٢.
(١١) فخرصها: ح ١ ق ٢ هـ، يخرصها: ت.
(١٢) أخرجه أبو داود مختصراً، انظر السنن ٢/٢٣٦.
(١٣) خلق الله: ت، الخلق: ح ١ ق ٢ هـ.
(١٤) أحيف: أجور عليكم وأظلمكم.
(١٥) تمر: ت ح ١ هـ، ثمر: ق ٢.
(١٦) وبين يهود خيبر: ق ٢ هـ، وبينهم: ت، وبينهم - يعني يهود خيبر: ح ١.
(١٧) انظر الموطأ رواية يحيى ص ٤٩٤ - حديث (١٣٨٨).

القسم، يدل على أن الخرص إنما كان في القسمة بين المسلمين واليهود، فهو حجة لمالك فيما قاله، وتابعه عليه جميع أصحابه من جواز قسمة ثمر النخل بالقسمة بين الشركاء بالخرص، لأن اليهود كانوا أشراكاً[١٦] للمسلمين في الثمر بعملهم؛ ويحتمل أن يكون هذا في طائفة من اليهود في بعض حصونهم ومواضعهم. وجاء في سائر الآثار من تضمين اليهود نصيب المسلمين بما خرص عليهم ومن تخييرهم في أخذه دون ذكر ضمان مع طوائف غيرها في مواضع سواها، لأن خيبر كانت حصوناً كثيرة؛ فأما تخييرهم في أخذهم[١٨] الثمر في رؤوس النخل بما خرص عليهم من الثمر، ليؤدوه عند الجداد من غير تضمين فليس بضيق، وقد أجازه جماعة من أهل العلم، وهو على قياس ما قاله مالك في الخرص بسبب الزكاة؛ وأما تخييرهم في التزامهم الثمرة في رؤوس النخل بما خرصت به عليهم من الثمر يؤدونه عند الجداد مضموناً عليهم فهو من المزابنة، ولا يكون ذلك إلا منسوخاً كما ذكرنا ـ والله أعلم. وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازته وهو بعيد. وأما المساقاة فمحكمة غير منسوخة، بدليل ما ذكرناه من إقرار أبي بكر وعمر رضي الله عنهما اليهود على المساقاة التي ساقاهم عليها النبي عليه السلام؛ ومن أجوبتنا على[١٩] أن يهود خيبر لم يكونوا عبيداً للمسلمين. أن أبا بكر وعمر أقراهم على المساقاة، ثم أجلاهم عمر إلى الشام، ولو كانوا عبيداً للمسلمين، لم يكن ليتلف عليهم أموالهم، فليس أهل العنوة بعبيد إذا أقروا في مواضعهم، وضربت عليهم الجزية؛ وإنما هم أهل ذمة[٢٠] أحرار وقد سئل ابن القاسم عن نساء أهل الذمة الذين أخذوا عنوة مثل أهل مصر، هل يحل أن ينظر الرجل إلى شعورهن؟ قال: لا يحل أن ينظر الرجل إلى شعورهن ولا إلى شيء من عوراتهن؛ قيل له ليس هن بمنزلة الإماء؟ قال: لا بل هن أحرار، كان دية من قتل منهن خمسمائة، ومن أسلم منهن كان حراً، فهن أحرار يحرم منهن ما يحرم من الأحرار؛

---

(١٨) أخذهم الثمر: ح ١ ق ٢ هـ، أخذ الثمر: ت.

(١٩) كلمة (على)، ساقطة في ق ٢.

(٢٠) ذمة: ح ١ ق ٢ هـ، جزية: ت.

هذه رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، واتقى في سماع سحنون منه تزويج بناتهم ولم يره حراماً.

فصــل

والمساقاة مستثناة من الأصول الممنوعة[21] لضرورة الناس إلى ذلك وحاجتهم إليه، إذ لا يمكن للناس عمل حوائطهم بأيديهم، ولا بيع الثمرة قبل بدو صلاحها للاستئجار من ثمنها على ذلك ـ إن لم يكن لهم مال، فلهذه العلة رخص في المساقاة.

فصــل

والمساقاة أصل في نفسها وعقد على حياله، فلا تنعقد[22] إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم لو قال رجل لرجل أستأجرك على عمل حائطي هذا بنصف ثمرته، لم يجز على مذهبه؛ كما لا تجوز الإجارة بلفظ المساقاة، وذلك بين من قوله في الكتاب إذا ساقاه في ثمرة قد طاب بعضها أن ذلك لا يجوز وتكون إجارة؛ بخلاف قول سحنون فإنه يجيزها ويجعلها إجارة؛ ولمالك في كتاب ابن المواز مثله، وكلام ابن القاسم أصح، لأن المساقاة والإجارة أصلان، وأحكامهما مفترقة، فلا ينعقد أحدهما بلفظ الآخر.

فصــل

وهي من العقود اللازمة تنعقد باللفظ وتلزم به؛ بخلاف القراض الذي إنما ينعقد ويلزم بالعمل لا باللفظ؛ واختلف في المزارعة: فقيل إنها تنعقد وتلزم باللفظ، وقيل إنها لا تنعقد وتلزم إلا بالعمل، وقيل إنها تنعقد وتلزم بالشروع في العمل، وأما الشركة فإنها لا تلزم باللفظ ولا بالعمل واختلف بماذا تنعقد به فقيل إنها تنعقد باللفظ، وقيل إنها لا تنعقد إلا بالعمل والقولان قائمان من المدونة.

---

(٢١) كلمة (الممنوعة)، ساقطة في ح ١ ق ٢ هـ، ثابتة في ت، والمعنى يقتضيها.

(٢٢) تنعقد: ق ٢، ينعقد: ت ح ١، غفل في هـ.

فصـــل

ولا تجوز المساقاة إلى أجل مجهول، وإنما تجوز إلى سنين معلومة وأعوام معدودة، إلا أنها تكره فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها بالأجرة لا بالأهلة فلا تجوز المساقاة إلى أشهر معلومة.

فصـــل

وليس في قول النبي عليه السلام ليهود خيبر: «**أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ ٱللَّهُ**»، دليل على جواز المساقاة إلى أجل مجهول، لأن قوله ذلك إنما كان عدة منه لهم في أن يقرهم في المساقاة على شروطها ـ ما أقرهم الله أي لم يأمره الله تعالى بإجلائهم عنها، وترك معاملتهم فيها، وكان يرجو ذلك من الله، فلم يأذن له فيه إلا في مرضه الذي مات منه، فأوصى بذلك وأجلاهم عمر بعده. لأنه[٢٣] ساقاهم مدة مجهولة أو مدى أعمارهم، وإنما قال ذلك لهم بعد عقد المساقاة معهم كما يقول الرجل للرجل إذا شاركه أو قارضه: أنت شريكي ما أحيانا الله، لا يريد بذلك ضرب مدة مجهولة، وإنما يريد إني أبقى معك على القراض. والشركة على شروطها؛ هذا تأويل الحديث عندنا ـ والله أعلم. وقد قيل إنه إنما قال ذلك لهم وكان يخرص عليهم، لأنهم عبيده أفاءهم الله بأرضهم عليه؛ ويجوز بين العبد وسيده من الغرر ما لا يجوز بين الأجنبيين، وقد تقدم تضعيف هذا التأويل فلا معنى لإعادة القول فيه.

فصـــل

وتجوز المساقاة في كل أصل له ثمرة ما لم يحل بيع الثمرة ـ كان الأصل ثابتاً أو غير ثابت، إلا أنه ما كان ثابت الأصل كالنخل والشجر والزيتون فتجوز فيه المساقاة ـ عجز عنها صاحبها أو لم يعجز، وما كان غير ثابت الأصل كالمقاثي والباذنجان والكمون والزرع وقصب السكر، فلا تجوز فيه المساقاة حتى يعجز عنه صاحبه؛ هذا على مذهب مالك؛ وابن نافع يجيز المساقاة في ذلك كله ـ عجز عنه صاحبه، أو لم يعجز؛ والشافعي لا يجيز المساقاة إلا في النخل والكرم الذي جاء

---

(٢٣) لا أنه: ت ح، لأنه: ق، إلا أنه: هـ.

فيه الخرص؛ وكان أبو عمر بن القطان يقول: المساقاة جائزة على ما في المدونة في الياسمين والورد والقطن - عجز عنه صاحبه، أو لم يعجز، خلاف المقاثي والزرع؛ وهو بعيد من التأويل، إذ لا يعضده دليل؛ وإذ لا فرق في حقيقة القياس بين القطن والزرع والمقاثي وقصب السكر في جواز المساقاة فيها من غير عجز، لأن أصولها غير ثابتة، بخلاف الياسمين والورد التي أصولها ثابتة؛ فلا ينبغي أن يختلف في أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب مالك - وإن لم يعجز صاحبها عن عملها؛ ولو قال قائل إن المساقاة في المقاثي والقطن وما كان في معناهما، جائزة. وإن لم يعجز صاحبها عن عملها، بخلاف الزرع وقصب السكر وما كان في معناهما، لكان له وجه، لأن هذه ثمار تجنى من أصولها، فأشبهت ثمار الأصول الثابتة والزرع وقصب السكر وما أشبههما لا تجنى من أصولها إلا بقطع الأصول، ففارقت ثمر الأصول؛ إلا أن هذا لم يقولوه ولا يوجد لهم، وليس في قوله في المدونة: لا بأس بمساقاة الياسمين والورد والقطن - ما يوجب استواءها(٢٤) في أنه لا بأس بالمساقاة فيها كلها وإن لم يعجز عنها، لاحتمال قوله: لا بأس بالمساقاة فيها كلها، إذا عجز عن عمل القطن منها.

فصـــل

ولا تجوز المساقاة في شيء مما ليس له أصل ثابت لأعوام ولا لعام واحد، إلا بعد أن ينبت ويستقل كالزرع سواء وقبل أن يحل بيعه.

فصـــل

ولا تجوز في شيء من البقول، لأن بيعها يحل إذا نبتت واستقلت، وأجاز ابن دينار فيها المساقاة، ومعناه إذا نبتت قبل أن يستقل على القول بجواز المساقاة - في الزرع إذا نبت قبل أن يستقل، لأن البقول إذا نبتت واستقلت، جاز البيع فيها، ولا تجوز مساقاة ما يجوز بيعه؛ واختلف في الفجل والاسفنارية فجعلهما في المدونة من البقول في حكم وضع الجائحة، فعلى قوله فيهما لا تجوز المساقاة

---

(٢٤) استواءها: ق ٢ هـ، استواءهما: ت ح ١.

فيهما، لأن من أصل ابن القاسم أن كل ما وضعت الجائحة في قليله وكثيره، لم تجز المساقاة فيه، وما لم توضع الجائحة فيه إلا في الثلث، جازت فيه المساقاة؛ وروى سحنون عن ابن القاسم أن المساقاة جائزة فيهما أي في الفجل والاسفنارية، وعلته في جواز المساقاة فيهما: أن لهما حداً يجوز إليه بيعهما فيما لم يبلغا حد جواز البيع فيهما، أشبها الزرع وقصب السكر ونحو ذلك في جواز المساقاة فيها بعد نباتها واستقلالها.

فصـــل

وتجوز المساقاة على ما اتفقا عليه من الأجزاء، وعلى أن تكون الثمرة كلها له بعمله؛ وقد قيل إن إعطاء الرجل الرجل ثمر حائطه كلها بعمله فيه منحة وعطية كإخدام العبد، لأن المخدم ينفق عليه فيفتقر إلى الحيازة، ويبطل بالموت، وهو بعيد؛ ولا يجوز أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دنانير ولا دراهم ولا شيئاً من الأشياء إلا ما استخف من اشتراط الشيء اليسير على العامل من العمل الذي لا يلزمه، مثل سد الحظيرة، وإصلاح الغفيرة وهي مجتمع الماء من غير أن ينشىء بناءها[٢٥]، لأن المساقاة عقد مستثنى من الأصول جوز للضرورة، فلا يجوز منه إلا قدر[٢٦] ما جوزه الشرع، والذي جوزه الشرع منه ما كان متعلقاً بإصلاح الثمرة، وما زاد على ذلك كان ممنوعاً بالأصل، لأنه إجارة مجهولة وبيع الثمر قبل بدو صلاحها.

فصـــل

وعمل الحائط على وجهين:

فمنه ما يتعلق بإصلاح الثمرة.

ومنه ما لا يتعلق بإصلاحها.

فأما ما لا يتعلق بإصلاح الثمرة، فلا تجب على المساقي، ولا يصح أن يشترط عليه من ذلك إلا الشيء اليسير ـ كما تقدم.

---

(٢٥) ينشيء بناءها: ق ٢ هـ، يستثنى بناءهما: ت.

(٢٦) قدر ما جوزه: ح ١ هـ، ما قد جوزه: ق ٢، ما جوزه: ت.

وأما ما يتعلق بإصلاح الثمرة، فإنه ينقسم على ضربين:
ضرب منه ينقطع بانقطاعها ويبقى بعدها الشيء اليسير.
وضرب منه يتأبد ويبقى أثره.

فأما ما ينقطع بانقطاع الثمرة ويبقى بعده الشيء اليسير، فهذا[27] الذي يلزم المساقي ويجب له به العوض، وذلك مثل الحفر والسقي وزبر الكرم[28]، وتقليم الشجر، والتسريب، وإصلاح مواضع السقي[29]، والتذكير والجداد، وما أشبه ذلك.

وأما ما يتأبد ويبقى بعد الثمرة مثل إنشاء حفر بئر أو إنشاء ظفيرة للماء، أو إنشاء غراس، أو بناء بيت تجنى فيه الثمرة كالجرين، وما أشبه ذلك فلا يلزم العامل، ولا يجوز اشتراطه عليه عند المساقاة؛ لأنه إذا اشترط ذلك عليه، فقد وقع له حصة من الثمن، وهو لو استأجره عليه على انفراده بجزء من الثمرة لم يجز، لأنه بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فكذلك إذا اشترطه[30] عليه في المساقاة، لأن العوض قد حصل عليه في الموضعين.

فصـــل

فإذا وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوزه الشرع، فإنها تفسخ ما لم تفت بالعمل ويرد الحائط إلى ربه، واختلف إذا فاتت بالعمل ماذا يجب للعامل فيها بحق عمله على أربعة أقوال:

أحدها: أنه يرد إلى إجارة مثله جملة من غير تفصيل، وهذا يأتي على قول عبد العزيز بن أبي سلمة في القراض الفاسد.

والثاني أنه يرد إلى مساقاة مثله جملة أيضاً[31] من غير تفصيل، وعليه يأتي قول أصبغ في العتبية في الذي يساقي الرجل في الحائط على أن يحمل أحدهما

(٢٧) فهذا: ح ١ ق ٢ هـ، فهو: ت.
(٢٨) الكرم: ت هـ، الكروم: ح ١ ق ٢.
(٢٩) عبارة (والتسريب وإصلاح مواضع السقي)، ساقطة في ق ٢.
(٣٠) اشترطه: ح ١ ق ٢ هـ، اشترط: ت.
(٣١) كلمة (أيضاً)، ساقطة في ح ١ ق ٢ هـ.

نصيبه من الثمرة لصاحبه إلى منزله ـ وهو بعيد، وهو[٣٢] على أصل ابن الماجشون وروايته عن مالك وقول أشهب في القراض الفاسد.

والثالث: أنه يرد في بعض الوجوه إلى إجارة المثل، وفي بعضها إلى مساقاة المثل ـ وهو مذهب ابن القاسم ـ وذلك استحسان ليس بقياس على نحو قوله أيضاً في القراض؛ والأصل في ذلك عنده أن المساقاة إذا خرجا فيها عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة، أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما اشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة يزيده إياها خارجة عنها؛ فإنه يرد فيها إلى إجارة المثل إذا لم يعثر عليها حتى فاتت بالعمل، وذلك مثل أن يساقيها في حائطه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير، أو دراهم، أو عرضاً من العروض، وما أشبه ذلك؛ لأنه إذا ساقاه على أن يزيده صاحب الحائط دنانير أو دراهم أو عرضاً من العروض، فقد استأجره على عمل حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض، وبجزء من ثمره، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله، ولأنه إذا ساقاه على أن يزيده العامل دنانير أو دراهم أو عرضاً من العروض فقد اشترى منه الثمرة بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض، وبعمله في الحائط، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله، أيضاً؛ وأما إذا لم يخرجا عن حكمها وإنما عقداها على غرر، مثل أن يساقيه حائطاً على الثلث، وحائطاً على النصف وما أشبه ذلك، أو اشترط أحدهما فيها على صاحبه من عمل الحائط ما لا يلزمه مما لا يبقى لرب الحائط منفعة مؤبدة، فإنه يرد في ذلك إلى مساقاة مثله؛ وهذه[٣٣] جملة تأتي عليها مسائل كثيرة، هي[٣٤] مبسوطة مسطورة لابن حبيب وغيره، والذي يوجد لابن القاسم أنه رده فيه إلى مساقاة المثل في أربع مسائل: اثنتان في المدونة وهي إذا ساقاه في حائط وفيه ثمر قد أطعم.

والثانية إذا شرط المساقى على المساقي أن يعمل معه[٣٥]، والاثنتان[٣٦] في

(٣٢) وهو: ق ٢ هـ، وهي: ت، ساقطة في ح ١.
(٣٣) وهذه: ح ١ ق ٢ هـ، وهي: ت.
(٣٤) هي مبسوطة مسطورة: ق، وهي مسطورة: ت، مبسوطة ـ بإسقاط (هي): هـ.
(٣٥) أن يعمل معه: ح ١ ق ٢ هـ، العمل معه: ت.
(٣٦) والاثنتان: ق ٢ هـ، واثنتان: ت ح.

العتبية الواحدة منهما في سماع عيسى من كتاب النكاح وهي المساقاة مع البيع في صفقة واحدة.

والثانية منها في سماع عيسى من كتاب الجوائح والمساقاة وهي إذا ساقاه في حائطه سنة على الثلث أو سنة على النصف؛ فقال إنه يرد فيهما جميعاً إلى مساقاة مثله؛ وكذلك يلزم على هذا إذا ساقاه في حائطين أحدهما على الثلث، والثاني على النصف؛ وكذلك ما أشبه هذا المعنى؛ ومثله إذا ساقاه في حائط على أن يكفيه مؤونة حائط آخر. فقال إنه يكون إجارة مثله في الذي شرط عليه كفايته، ويرد في الآخر إلى مساقاة مثله.

والقول الرابع أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم تكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان الشرط للمساقي أو أقل ـ إن كان الشرط للمساقى وكان يمضي لنا عند من أدركناه من الشيوخ أن الذي ترد فيه إلى مذهب ابن القاسم من المساقاة الفاسدة إلى مساقاة مثله. هذه الأربع مسائل المنصوص عليها وسائرها كلها يرد فيها ـ إلى مذهبه ـ إلى إجارة المثل فعلى قولهم في تأويلهم على ابن القاسم، يكون هذا قولاً خامساً في المسألة، والصواب أن ما ذهب إليه ابن حبيب على الأصل الذي ذكرناه، مفسر لمذهب ابن القاسم لا خلاف له.

فصـــل

فما يرد العامل فيه إلى أجرة مثله يفسخ ما عثر عليه قبل العمل وبعده، ويكون له فيما عمل إلى وقت العثور عليه أجرة مثله؛ وأما ما يرد فيه إلى مساقاة مثله، فإنما يفسخ ما لم يفت بالعمل، فإذا فات بالعمل لم تفسخ المساقاة إلى انقضاء أمدها وكان فيما بقي من الأعوام على مساقاة مثله، وبالله تعالى التوفيق.

الفهـــرس



الرقم 1988/3/6000/120

التنضيد الإلكتروني : كومبيوتايب - الصف الطباعي الالكتروني

الطباعة : مؤسسة جواد - بيروت